

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE JURIDIQUE
DE
L'AVANCE-SUR-TITRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 4 Mars 1913, à 4 h. 1/2

PAR

MAURICE GAZEL

Président : M. WAHL, professeur
Suffragants : { MM. LYON-CAEN, professeur
PERCEROU, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

ÉTUDE JURIDIQUE
DE
L'AVANCE-SUR-TITRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mardi 4 Mars 1913 à 4 h. 1/2

PAR

MAURICE GAZEL

Président : M. WAHL, *professeur*

Suffragants : { MM. LYON-CAEN, *professeur*
PERCEROU, *professeur*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	5
INTRODUCTION.	9
PREMIÈRE PARTIE. — Formation de l'Avance-sur-Titres . .	27
CHAPITRE I. — <i>Nature juridique de l'Avance-sur-Titres</i> .	27
1° Exposé des diverses opinions.	28
a) Double contrat	28
b) Contrat unilatéral	29
c) Contrat synallagmatique	30
2° Appréciation critique	30
3° Mise en rapprochement de l'Avance-sur-Titres et de deux opérations de Banque particulières . . .	43
a) La Couverture.	43
b) Le Report	44
CHAPITRE II. — <i>Qualités requises des Contractants</i> . . .	51
I. Prêteur. — 1° Capacité	52
2° Pouvoir.	57
II. Emprunteur. — 1° Capacité	58
a) Mineur émancipé	58
b) Femme mariée	61
c) Personnes frappées d'interdic- tion ou pourvues d'un conseil ju- diciaire	64
2° Pouvoir	64
a) Tuteur	64
b) Mari	65

3° Possesseur de titres perdus ou volés	67
CHAPITRE III. — <i>Objet du Contrat</i>	75
1° Actions	78
2° Obligations.	81
Obligations non souscrites	82
3° Parts de fondateur	85
4° Rentes sur l'Etat.	88
5° Titres refusés en garantie d'avances.	92
6° Titres de légitimation.	94
CHAPITRE IV. — <i>Formes du Contrat</i>	96
1° Règle commune à toutes les Avances-sur-Titres.	101
a) Créancier gagiste.	103
b) Tiers convenu	106
2° Règles spéciales suivant la nature des titres engagés	112
a) Titres nominatifs.	112
b) Titres à ordre	118
c) Titres au porteur.	121
3° Critique de ce régime	128
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Réalisation de l'Avance-sur-Titres</i>	139
CHAPITRE I. — <i>Situation juridique des parties avant l'échéance de l'Avance-sur-Titres</i>	139
I. Emprunteur	139
1° Obligations. a) Maintien en possession du créancier gagiste	139
b) Libération des titres	141
2° Droits.	144
a) Perception du capital du titre à l'échéance	145
b) Conversion des titres.	148
c) Participation aux assemblées générales d'actionnaires (Renvoi)	151
d) Exercice des actions en responsabilité contre les administrateurs de la Société (Renvoi)	151

TABLE DES MATIÈRES

3

II. Banquier	152
1° Obligations	152
a) Défense de disposer des titres	153
b) Obligation de veiller à la conservation des titres	155
2° Droits	157
a) Perception des intérêts des titres	158
b) Participation aux assemblées générales d'actionnaires	161
c) Exercice des actions en responsabilité contre les administrateurs de la Société	168
CHAPITRE II. — <i>Situation juridique des parties à l'échéance de l'Avance-sur-Titres.</i>	170
I. Emprunteur	170
1° Obligations. a) Remboursement de l'avance	170
b) Paiement des accessoires de l'avance	171
c) Paiement des impenses	173
2° Droits	174
II. Banquier	175
1° Obligations. — Restitution des titres	175
2° Droits. — Exercice du privilège du gagiste	176
TROISIÈME PARTIE. — <i>Pratique bancaire de l'Avance-sur-Titres</i>	183
CHAPITRE I. — <i>L'Avance-sur-titres à la Banque de France.</i>	183
<i>Avances en compte-courant.</i>	189
CHAPITRE II. — <i>L'Avance-sur-titres au Mont-de-Piété de Paris.</i>	195
CONCLUSION.	199

BIBLIOGRAPHIE

- Alauzet. — *Commentaire du Code de commerce*, 3^e édit., Paris, 1879.
- Allix. — *Des reports dans les bourses de valeurs*, Paris, 1900.
- Audier. — *Etude sur les titres au porteur*, Paris, 1885.
- Baudry-Lacantinerie et Barde. — *Des obligations*, 3^e édit., Paris, 1906.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 3^e édit., Paris, 1906.
- Baudry-Lacantinerie et A. Wahl. — *Prêt, dépôt, société*, 3^e édit., Paris, 1907.
- Bédarride. — *Des bourses de commerce*, Paris, 1862.
- Bédarride. — *Des commissionnaires*, Paris, 1863.
- Boistel. — *Précis du cours de droit commercial*, 3^e édit., Paris, 1884.
- Buchère. — *Traité des opérations de Bourse*, 2^e édit., Paris, 1892.
- Buchère. — *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, 2^e édit., Paris, 1881.
- Cauwès. — *Cours d'économie politique*, 3^e édit., Paris, 1893.
- Châtel. — *Du nantissement des obligations non placées*, Rennes, 1867.
- Colmet de Santerre. — *Cours analytique de code civil*. 3^e édit., Paris, 1896.
- Courcelle-Seneuil. — *Traité théorique et pratique des opérations de banque*, 10^e édit., (par Liesse), Paris, 1909.

- Delamarre et Le Poitvin. — *Traité du contrat de commission*, Paris, 1841.
- Deloison. — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1882.
- Deloison. — *Traité des valeurs mobilières*, Paris, 1890.
- Demante. — *Principes de l'enregistrement*, Paris, 1878.
- De Prat. — *Des reports*, Douai, 1886.
- Devilleneuve, Massé et Dutruc. — *Dictionnaire de contentieux commercial*, 6^e édit., Paris, 1875.
- Duval Ed. — *Monts de piété*, Rouen, 1898.
- Guionin. — *De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance-sur-titres*, Paris, 1907.
- Guillouard. — *Traités du nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1895.
- Guillouard. — *Traités du prêt, du dépôt, du séquestre*, Paris, 1892.
- Guyot Y. et Raffalovich. — *Dictionnaire du commerce, de l'industrie et de la banque*, Paris.
- Hémarcl J. — *Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, dans *Annales de droit commercial*, 1902, p. 101.
- Houpin. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1895.
- Huc. — *Commentaire théorique et pratique du droit civil*, Paris, 1892.
- Jeannotte-Bozériian. — *La Bourse et ses opérations*, Paris, 1859.
- Julliot Ch. — *De l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat*; extrait du *Journal des notaires*, 31 octobre 1908.
- Laurent. — *Principes du droit civil*, 2^e édit., Bruxelles et Paris, 1878.
- Leroy-Beaulieu Paul. — *L'art de placer et gérer sa fortune*, Paris, 1912.
- Lévy-Ullmann H. — *Traité des obligations à primes et à lots*, Paris, 1895.

- Loubet Paul. — *La Banque de France et l'escompte*, Paris, 1900.
- Lyon-Caen et Renault. — *Traité de droit commercial*, 4^e édit., Paris, 1907.
- Massé. — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1874.
- Neymarck. — *La Banque de France de 1880 à 1905* ; extrait du *Rentier*, 7 février 1906.
- Pardessus. — *Cours de droit commercial*, Paris, 1821.
- Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e édit., Paris, 1907.
- Pont P. — *Petits contrats*, Paris, 1877.
- Ruben de Couder. — *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, Paris, 1877.
- Thaller. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e édit., Paris, 1910.
- Thaller. — *Avances-sur-titres*, dans *Annales de droit commercial*, 1901, p. 65.
- Troplong. — *Du nantissement*, Paris, 1849.
- Wahl Alb. — *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, Paris, 1891.
- Wahl Alb. — *Les parts de fondateur*, Paris, 1897.
- Wahl Alb. — *Traité de droit fiscal*, Paris, 1902.
- Wahl Alb. — *Du nantissement constitué par une société sur ses propres obligations*, dans *Journal des Sociétés*, 1904, p. 97.

INTRODUCTION

L'Avance-sur-Titres est une opération qui consiste dans l'avance d'une certaine somme d'argent, remboursable à une date déterminée, moyennant la remise réciproque de valeurs mobilières destinées à servir de garantie.

Des deux parties en présence, la première est généralement un banquier ou une société de banque. Aussi est-ce plus particulièrement dans ce milieu que nous étudierons cette opération.

Disons de suite, pour achever d'en caractériser la physionomie, que le banquier perçoit une rémunération sous la forme d'un intérêt proportionné à la durée de l'avance, et d'un droit fixe connu sous le nom de « droit de commission ».

Il est difficile de déterminer la date d'apparition en France des premières avances-sur-titres. Nées de la pratique des affaires, transformées peu à peu par les besoins journaliers, rien ne signale sûrement leur création. Écrire leur histoire, serait écrire celle du crédit mobilier, dont

elles sont actuellement une des formes les plus précieuses et les plus usitées.

Le décret du 16 janvier 1808 qui établit les règles de fonctionnement de la Banque de France fit entrer dans la nomenclature des opérations permises à cet établissement l'avance-sur-titres à échéance déterminée (art. 16). Ce ne fut évidemment que l'autorisation de pratiquer une opération déjà connue, et non pas l'institution de cette opération. Cependant, malgré la faveur rencontrée par la Banque de France dans le public dès sa fondation, l'avance-sur-titres fut très peu usitée à cette époque. Certes, la prudence du ministre du trésor public Mollien, devait être mise en éveil, en cette période troublée, par une opération encore mal connue. Mais les causes de son insuccès primitif sont plus profondes. A cette époque où l'énergie de la nation entière semblait concentrée dans les rangs des armées de Napoléon, l'activité économique du pays avait peine à prendre conscience d'elle-même et à secouer l'apathie où l'avait plongée le cauchemar révolutionnaire. Les valeurs industrielles, actions et obligations, qui tiennent une si grande place aujourd'hui dans la fortune mobilière, n'existaient pas. Le crédit commercial n'avait pris qu'un bien faible essor. Le commerce d'importation n'avait lieu que sur une très petite échelle. Les fabriques et les manufactures, dont le nombre était encore fort restreint, ne devançaient la consommation que dans de faibles proportions. Le gage, en fait, ne jouait pas dans le crédit commercial, un rôle sensiblement plus im-

portant que dans le crédit civil, et les préjugés assimilaient volontiers le négociant qui empruntait sur nantissement au particulier qui avait recours au Mont-de-Piété.

Aussi constate-t-on sans surprise que ce service de la Banque de France n'ait fonctionné pendant assez longtemps que dans les rapports de celle-ci avec l'Etat. Napoléon qui tenait à posséder une banque de gouvernement en vue d'en retirer immédiatement, le cas échéant, tous les services que peut rendre une semblable institution, ne se fit pas faute d'y faire appel (1). Il commença par lui demander des avances sur les obligations des trésoriers-payeurs généraux. Puis cette pratique se développa, si bien qu'à la fin de l'Empire des avances sont consenties sur les bons du Trésor. Mais les particuliers semblent toujours l'ignorer.

Depuis ce temps les choses ont bien changé. Au fur et à mesure que le commerce et l'industrie se sont développés dans notre pays, que la fortune mobilière s'est accrue par la création de nouvelles valeurs, et que les notions du crédit se sont répandues, les préjugés se sont affaiblis ; on a enfin compris l'importance du gage dans les relations commerciales et comment il pouvait devenir un moyen de crédit utile, fécond, nécessaire à la circulation et au développement de la production.

(1) De 1803 à 1806, l'Etat s'est fait avancer par la Banque de France, 500 millions de francs.

De leur côté, la jurisprudence (1) et la doctrine (2) ont uni leurs efforts pour aider à ce mouvement et élargir les règles qui limitaient et gênaient le contrat de gage appliqué aux matières commerciales. Leur labeur aboutit au vote de la loi du 23 mai 1863 qui donne au pays la réglementation qu'il réclamait depuis longtemps pour la sauvegarde de ses intérêts économiques.

C'est de cette date que nous pouvons faire partir le merveilleux mouvement progressif des avances-sur-titres. Désormais, ce moyen de crédit va s'ancrer de plus en plus dans nos habitudes commerciales et privées qui sauront habilement profiter des avantages que la loi nouvelle leur offre. Ce n'est pas à dire cependant que toutes les étapes du progrès soient parcourues, que toutes les difficultés soient aplanies. Nous en relèverons de nombreuses au cours de cette étude.

N'importe ! l'utilité de l'avance-sur-titres a eu raison de ses imperfections. Son chiffre ne cesse de grossir chaque année aux bilans de nos grands établissements de crédit dont elle forme une des plus fructueuses opérations. Qu'on en juge par le développement qu'elle a atteint à la Banque de France depuis 1830, date où les avances-sur-titres en-

¹) Cf. Rouen, 29 avril 1837 (D. 38-2 119) ; Bordeaux, 17 avril 1845 (D. 45, 2, 118) ; Cass. req., 18 juillet 1848 (D. 48, 1, 177) ; Paris 29 mars 1856 (D. 56, 2, 228) ; Paris, 7 mars 1857 (D. 57, 2, 213) ; Cass. req., 23 janvier 1860 (D. 60, 1, 123).

²) Cf. Troplong, *Du nantis*. n^{os} 135, 145, 283 et suiv. ; Massé, *Droit com.* (2^e édit. 1862), t. IV, n^{os} 2894 et suiv. ; Delamarre et Le Poittevin, *Cout. de commiss.*, t. II, n^{os} 396 et suiv.

trent en pratique d'une façon vraiment régulière. Leur montant total qui avait déjà, en 1860, atteint la somme respectable de 651 millions, s'élève en 1910 à 3 milliards 657 millions ; plus de 3 milliards en cinquante ans !

Avances sur titres à la Banque de France

(en millions de francs)

1830.	2,0	1891.	1.980,0
1835.	53,4	1892.	751,4
1840.	70,5	1893.	807,1
1845.	52,3	1894.	1.001,8
1850.	76,7	1895.	1.423,4
1855.	671,7	1896.	1.378,5
1860.	651,6	1897.	1.211,8
1865.	401,0	1898.	1.380,6
1870.	542,0	1899.	1.595,3
1875.	327,5	1900.	1.657,0
1880.	325,8	1901.	1.801,8
1881.	1.123,5	1902.	1.760,9
1882.	884,1	1903.	2.002,2
1883.	664,6	1904.	2.019,6
1884.	626,5	1905.	2.282,6
1885.	584,6	1906.	2.657,0
1886.	993,5	1907.	2.897,0
1887.	589,7	1908.	2.651,5
1888.	634,5	1909.	2.977,4
1889.	712,6	1910.	3.657,2
1890.	811,5	1911.	4.516,0

Et combien serait plus profitable encore l'enseignement à tirer d'une semblable statistique si nous pouvions y joindre celle des avances-sur-titres consenties par nos grands établissements de crédit ! Malheureusement, pour ceux-ci, les éléments du travail font défaut. Ils ne sont

pas soumis, comme la Banque de France, à l'obligation de publier une situation annuelle détaillée. Les chiffres que nous relèverions à leurs bilans de fin d'année risqueraient fort de ne donner qu'une impression fausse. Les affaires du mois dont ils sont le résumé ont pu être influencées par des événements exceptionnels; et d'autre part, ils représentent souvent le total des avances sur nantissements consenties par les banques quelle que soit la nature des garanties.

Il importerait aussi d'établir un tableau comparatif du développement de toutes les opérations usitées en banque, pour donner une idée exacte de ce qu'a été la progression particulière des Avances-sur-titres, et de son importance actuelle dans la marche des affaires. Mais ceci nous entraînerait hors des limites que nous nous traçons en entreprenant cette étude purement juridique.

A quelles causes attribuer ce remarquable développement? Quels phénomènes économiques nouveaux ont suscité ces énormes besoins de crédit? Ici encore nous sommes obligés d'arrêter nos investigations.

Nous nous permettrons une simple observation. La régularité et l'importance de la progression des avances-sur-titres se précise surtout depuis 1898, date de la réorganisation de la Bourse de Paris. Nous savons qu'à cette époque une singulière tolérance éclosa au sein des tribunaux avait permis aux courtiers du marché libre d'empiéter sur les attributions des agents de change au point de compromettre le privilège de ceux-ci,

comme si l'art. 76 était rayé du Code de commerce.

Pourtant, à la longue, les protestations réitérées des agents de change avaient trouvé un écho au parlement. La loi du 13 avril 1898 raffermirait le monopole compromis et édicta que désormais les coulissiers et autres banquiers ne pourraient plus se charger que des opérations sur des valeurs mobilières non admises à la cote officielle. Ainsi, en particulier, les reports sur toutes autres valeurs, une de leurs opérations les plus fructueuses, leur sont interdits. Comment boucher cette terrible brèche creusée dans leurs caisses ? comment retenir quand même la lucrative clientèle des spéculateurs ? L'ingénieuse nécessité leur suggéra un procédé nouveau. Ils imaginèrent de consentir des avances moyennant des dépôts de titres et de faire jouer à cette opération le rôle du report. Dorénavant l'acheteur à terme, au lieu de se faire reporter, va déposer ses titres chez le banquier qui lui fournit les sommes nécessaires à liquider sa position, avec échéance à soixante ou quatre-vingt-dix jours pour remboursement. Il a tout avantage à cette opération puisque dans l'intervalle il peut revendre son titre à la Bourse et balancer sa dette envers la banque tout en courant la chance de réaliser définitivement un bénéfice si les conditions du marché le permettent (1). Aussi va-t-il en user largement.

(1) Cf. Thaller, *Les avances-sur-titres*, « Annales dr. commercial », 1901.

Mais ce n'est là qu'un exemple des avantages que peut procurer cette opération, et même, peut-on dire, une de ses moins intéressantes applications, puisqu'elle ne sert que les besoins de la spéculation. Bien plus nombreuses sont les circonstances où elle est un puissant moyen de crédit dans la vie commerciale ou privée. C'est à l'avance-sur-titres autant qu'à l'escompte que recourra le commerçant qui traverse une crise, et qui éprouverait des difficultés sérieuses à réaliser un bien immobilier ou des marchandises pour alimenter le capital de roulement de son entreprise. C'est encore par ce procédé qu'un rentier se procurera des fonds en attendant des rentrées... Et il serait facile d'étendre les exemples. Combien grands en effet sont les avantages de cette opération ! L'emprunteur sur titres ne se dessaisit pas irrévocablement de cette partie de sa fortune mobilière ; il ne fait qu'un abandon temporaire de sa possession ; il conserve intacts ses intérêts et ses droits, car il reste propriétaire. Ses chances de gains, s'il s'agit d'obligations à primes ou à lots, ne sont pas déplacées ; il peut compter sur le maintien des cours, même sur une hausse des valeurs ; et par le simple dépôt dans une banque des titres représentatifs de ses intérêts, le voici crédité de la somme nécessaire à la bonne marche de ses affaires. Il n'a pas besoin d'aliéner ceux-ci ; puisqu'il n'a qu'un besoin passager d'argent. Passé ce moment il rentre en possession de ses valeurs sans que rien dans leur substance ou dans ses droits ait subi une altération.

Il n'y avait donc aucune raison pour que l'avance-sur-

titres, enveloppée pendant un certain temps d'une suspicion, qui s'étendait d'ailleurs à toutes les autres formes de crédit, ne finit par avoir raison de ce préjugé injustifié, et ne s'implantât dans la vie économique du pays. C'est chose faite à présent, nous venons de le constater ; par sa simplicité de formes et sa rapidité d'exécution elle y joue un rôle considérable. D'ailleurs, en ce qui concerne les emprunts sur hypothèque, le raisonnement de ceux qui voient dans ces opérations le témoignage d'un mauvais état d'affaires et le signe précurseur d'une faillite ou d'une déconfiture, est encore assez répandu. Chaque fois qu'une garantie peut être donnée en des formes plus simples, elle a la préférence. Ainsi s'explique l'oubli presque complet où semble tombé le décret du 16 janvier 1808 qui permet aux propriétaires d'actions de la Banque de France, meubles en principe, de les immobiliser par une simple déclaration faite dans des formes déterminées (1). Ce faisant, on espérait attirer la faveur du public sur ces titres, susceptibles désormais d'être hypothéqués ; leurs possesseurs allaient pouvoir s'en servir comme d'une maison ou d'une terre pour trouver de l'argent sans aliéner. Mais cet avantage n'a pu éclipser celui que procure l'avance-sur-titres. Les banquiers d'ailleurs paraissent peu disposés à favoriser ce procédé. C'est qu'en effet les prêts sur hypo-

(1) Aux actions de la Banque de France, il fallait jadis ajouter les actions du canal du Midi et celles des canaux d'Orléans et du Loing, qui jouissaient de la même faveur (déc. 16 mars 1810) ; mais le rachat de ces valeurs a été ordonné par les lois du 1^{er} avril 1860, 20 mai 1863 et 3 décembre 1897.

thèque sont faits à long terme et qu'à défaut de paiement à l'échéance la procédure à suivre pour arriver à la vente de la chose hypothéquée est longue et coûteuse ; tandis que les placements de ceux-ci ne peuvent au contraire se faire qu'à court terme, puisqu'il leur faut être toujours à même de rembourser les sommes qui leur ont été confiées et qui, le plus souvent, sont remboursables à toute réquisition.

Quoi qu'il en soit de ces avantages indéniables l'avance-sur-titres n'a pas échappé à la critique. Nous ne nous arrêterons pas à l'objection qui consiste à alléguer le péril couru par le titulaire d'un compte d'avances en cas d'insolvabilité de la banque. Elle ne peut en rien atteindre ni entacher notre opération. C'est un risque couru dans toutes les circonstances où un contrat est basé sur la confiance réciproque des parties. Le client ne peut s'en prendre qu'à sa légèreté s'il a été trompé ; il lui était possible de se renseigner, et les banques dont la situation et la probité sont connues ne manquent pas, Dieu merci !

Pas davantage nous ne nous ferons l'écho des griefs basés sur ce que l'avance-sur-titres peut servir de moyen d'exécution à des opérations critiquables, dont l'essence est le jeu. Nous avons déjà montré nous-même comment l'avance-sur-titres pouvait servir à une véritable spéculation. Elle a encore reçu une application, sans doute peu recommandable, du fait de la diffusion des valeurs à lots. On sait la fascination qu'exercent ces valeurs sur le public. Certains établissements de crédit l'exploitent à chaque nouvelle émission de titres de cette espèce, en affichant à

leur porte « qu'il peut être consenti des avances immédiates sur le titre acheté ». L'individu peu fortuné, le petit employé au maigre traitement, l'ouvrier mal rétribué veut-il se rendre acquéreur à peu de frais des risques de gain que représentent ces valeurs? Il n'a qu'à entrer à la banque, acheter le titre-à-lot désigné, puis, séance tenante, le déposer au guichet des avances-sur-titres où on lui avancera la presque totalité de l'argent déboursé. L'opération se soldera par une différence de quelques francs représentant l'écart entre le prix d'achat et le montant du prêt. On a tout dit sur l'immoralité et le péril des loteries (1); mais est-il logique d'englober dans la même réprobation une opération qui, par un détour ingénieux, peut servir à en répandre l'usage, bien que son but soit tout autre, et dont l'emploi normal rend les services les plus sérieux? Qu'on se borne à critiquer la création des valeurs à lot, ce sera plus utile.

Mais voici d'autres objections mieux fondées.

Nous avons été amené, tout à l'heure, à rapprocher l'avance-sur-titres de l'escompte en tant que moyen pour les commerçants de se procurer à la banque les capitaux nécessaires à la marche de leurs affaires. Par l'importance de leurs chiffres, les deux opérations se côtoient dans les bilans de nos sociétés de crédit. Pourtant elles sont différentes dans le fond et la forme. Sans chercher ici si l'escompte est un prêt (2) ou la vente d'une créance non

(1) V. Henry Lévy-Ullmann, *Des obligations à primes et à lots*.

(2) V. en ce sens Lyon-Caen et Renault, *Traité dr. comm.*, t. IV, n° 702. Thaller, *Tr. élém. dr. comm.*, n° 1624.

exigible constatée par l'effet de commerce escompté (1), constatons qu'après l'escompte d'un effet de commerce le banquier se trouve en possession d'un titre dont le montant fixe doit être remboursé intégralement. Au contraire, dans le cas d'une avance-sur-titres il est en présence d'une valeur subissant toutes les fluctuations de la cote. Il est exposé de plus aux chances d'un remboursement à un moment où les valeurs sont au-dessus du pair, et à perdre la différence entre le pair et la cote si la valeur est remboursable au pair. On comprend que, dans ces conditions, le banquier n'avance qu'une somme assez inférieure au titre, en établissant, suivant les cas, une marge plus ou moins grande à son profit.

Cette différence n'empêche pas le taux des avances-sur-titres d'être en corrélation étroite avec le taux de l'escompte (2). Et c'est encore là un inconvénient de l'avance.

(1) V. en ce sens Molinier, *Dr. com.*, n^{os} 67 et 98. Troplong, *Du prêt*, n^{os} 369 à 510. Pardessus, t. I, n^o 471.

(2) Variations comparées du taux de l'escompte et des avances à la Banque de France de 1880 à 1912.

	Avances	Escomptes
1880	3,73	2,81
1881	4,37	3,84
1885	4	3
1890	3,62	3
1895	3,10	2,10
1897	3	2
1900	3,75	3,25
1905	3,50	3
1911	4	3,50.

En cas de crise monétaire, le taux de l'avance et celui de l'escompte vont subir une hausse parallèle. Ainsi, lors de la dernière tension survenue au début de 1907, la Banque de France a fait précéder l'élévation du taux de l'escompte de 3 0/0 à 3 1/2 0 0, d'une élévation du taux des avances de 3 1/2 0/0 à 4 0/0. Or, c'est précisément dans ces moments que le groupe d'emprunteurs, à qui l'avance-sur-titres offre les ressources les plus précieuses, souffre surtout du manque d'argent.

Au-dessus de ces critiques qui ne visent que le fonctionnement de l'opération, s'en sont élevées d'autres sur le principe lui-même. Pour MM. Cauwès et Paul Leroy-Beaulieu il est erroné de voir dans le développement du chiffre des avances-sur-titres un signe de prospérité économique; les savants auteurs se sont attachés à montrer le danger que fait courir l'avance-sur-titres à l'emprunteur, en le laissant à l'échéance dans l'impossibilité de se libérer. L'emprunteur éprouve une grosse difficulté, si ce n'est une impossibilité, à reconstituer le montant de l'avance consentie, par la capitalisation des intérêts produits pendant ce temps. Qu'il n'espère donc pas se libérer ainsi. « Souvent, dit M. Cauwès (1), faute de tenir compte de l'action nécessaire du temps, les emprunts sur garanties réelles reposent sur un faux calcul économique. Supposons un emprunt sur dépôt de titres consenti pour deux ou trois ans, presque toujours cette opération sera mal conçue; elle peut cependant être utile; à longue échéance

(1) Cauwès, *C. d'écon. polit.*, t. II, p. 399.

elle permettrait de reconstituer le capital emprunté et donnerait en sus un profit ; mais la plus-value des revenus ne peut en un temps aussi court procurer au propriétaire emprunteur de quoi rembourser le capitaliste ; de là vient que presque jamais dans des hypothèses de ce genre, le remboursement n'a lieu à l'échéance : le créancier est obligé ou de renouveler le prêt ou de réaliser le gage. » C'est donc cette facilité de prolongation qui est le grand péril de l'avance-sur-titres. Elle est une dangereuse occasion d'entraînement qui conduit presque infailliblement à une liquidation désastreuse. Grâce à une série d'avances renouvelées, le total des engagements de l'emprunteur finira par dépasser ses ressources disponibles à l'échéance. Puis, à cette date, il se verra dans l'obligation de laisser vendre les titres engagés par la banque qui a consenti l'avance. Et M. Cauwès donne un exemple très net : « Pierre obtient sur une action de chemin de fer d'une valeur de 1.000 francs une avance de 75 0/0, soit 750 francs. Avec ces 750 francs il achète une autre action industrielle et renouvelle la même opération ; il reçoit encore 75 0/0, soit 562 fr. 50. Cette dernière somme employée de la même manière lui fait avoir 461 fr. 88, laquelle à son tour donne 346 fr. 41, etc... Sans suivre plus loin la série des prêts sur titres, avec le capital propre de 1.000 francs, Pierre aura ainsi emprunté 2.120 fr. 79. Si une prorogation de crédit n'est pas obtenue, l'emprunteur peut s'être mis par son imprudence dans l'impossibilité de dégager son bien, et alors, non seulement les-

titres déposés sont vendus, mais la plupart de ceux sur lesquels la spéculation a porté(1). » Dans cette liquidation il y a un double danger de perte : pour les emprunteurs, si les valeurs qu'ils avaient achetées sont en baisse ; pour les emprunteurs et les capitalistes prêteurs si les spéculations de ce genre sont en grand nombre, car il est possible que la vente simultanée de tous les titres engagés produisent une dépréciation telle sur le marché que les avances faites ne soient même plus couvertes.

De son côté M. Paul Leroy-Beaulieu signale l'appauvrissement causé par les avances-sur-titres aux conditions très onéreuses où les banques les consentent le plus souvent, en percevant un droit de commission à intervalles très rapprochés (tous les trois et parfois même chaque mois) qui finit par transformer un taux annoncé 3 0/0 en celui de 5 à 6 0/0. « Les emprunts de ce genre, dit-il (2), sont insidieux. Ils sont une cause manifeste d'appauvrissement, surtout quand on les prolonge. La facilité de renouveler ces engagements pendant un, deux, trois ans parfois, achemine à un amoindrissement sérieux de la fortune. En quelques années, on a perdu ainsi 8 à 10 0/0 de la somme empruntée. » Une personne prudente et avisée doit donc s'abstenir avec rigueur de ce genre d'emprunts, conclut le savant économiste. « La première condition d'une bonne gestion de fortune, c'est de maintenir celle-ci absolument nette, de vendre plutôt des valeurs si

1) Cauwès, *loc. cit.*, p. 408.

(2) P. Leroy-Beaulieu, *L'art de placer et gérer sa fortune*, p. 304.

l'on est dans la nécessité de se procurer des fonds, que d'emprunter ».

Excellent conseil certes, si les capitaux obtenus de la banque doivent y rester sous forme d'une opération de pure spéculation, qui se résumera généralement en l'achat de valeurs d'une situation financière très instable sur la cote et ne donnant que de faibles intérêts. Mais la situation est tout autre s'il s'agit d'un besoin immédiat d'argent dans les mille circonstances que peuvent créer les nécessités commerciales. Car, remarquons-le, ces critiques adressées à l'avance-sur-titres, ne la visent guère qu'en tant que moyen de spéculation. C'est celle-ci qu'elles atteignent par delà notre opération. M. Cauwès est catégorique, et tout au long de son argumentation il ne se base que sur cette hypothèse. Et le péril invoqué par M. Paul Leroy-Beaulieu ne se conçoit guère que dans le cas d'un particulier empruntant pour un motif semblable. Encore est-il qu'alors même, celui-ci pourrait se protéger facilement contre ce danger en s'adressant à une banque dont la commission est moins forte, ou même nulle comme à la Banque de France. Mais, nous l'avons déjà dit, l'avance-sur-titres a généralement un but parfaitement légitime et rend de grands services à tous ceux qui, pour sortir d'une gêne momentanée, ont plus d'avantages à engager leurs valeurs mobilières pour en obtenir du crédit que de les aliéner définitivement. Qu'on interroge un banquier sur ce point, sa réponse est certaine. Les spéculateurs sont en minorité.

Alors, n'est-il pas injuste d'accabler cette opération sous

le poids de telles critiques puisqu'elles ne sont fondées qu'exceptionnellement. Oublions les imperfections ; les avantages les contrebalancent précieusement. Et puisque nous sommes en présence d'un moyen de crédit aussi souple qu'avantageux, efforçons-nous au contraire de le mettre mieux encore à la portée du public et des commerçants en particulier.

Nous allons essayer au cours de cette étude de dégager les avantages de l'avance-sur-titres, mais aussi d'en montrer les lacunes. Nous verrons comment il faut corriger celles-ci et comment tirer le meilleur parti de ceux-là.

Pour cette démonstration, il est logique et indispensable de démonter pièce à pièce notre opération ; il nous faut l'étudier à chaque moment de son existence. Au moment de sa formation, nous chercherons quelle est la nature juridique de l'accord scellé par les parties et à quels principes sa validité est soumise. Puis nous étudierons l'avance-sur-titres dans son fonctionnement, divisant sa réalisation en deux phases où naissent pour les parties des droits et des obligations différentes, avant l'échéance du terme stipulé par les contractants pour opérer la double restitution qui marque la fin de l'opération, et à l'échéance.

PREMIÈRE PARTIE

Formation de l'Avance-sur-Titres.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DE L'AVANCE-SUR-TITRES

L'avance-sur-titres est un contrat. Le banquier et l'emprunteur scellent un accord d'où naissent deux catégories d'obligations identiques et réciproques : au jour de sa formation, une double remise, d'argent par le banquier, de titres par son client ; à un terme convenu, une double restitution, des titres par le banquier, de la somme prêtée par le client. Le contrat est parfait dès que les prestations initiales sont accomplies de part et d'autre. Elles entraînent la double obligation de restituer.

Mais en présence de quel contrat sommes-nous ? Comment le caractériser ? Aucune réponse législative n'a été donnée à cette question, laissée par suite à l'appréciation absolue des tribunaux et de la doctrine.

1^o Exposé des diverses opinions.

On peut grouper en trois classes les opinions émises à ce sujet.

a) *Double contrat.*

Dans l'analyse que nous avons donnée de l'avance-sur-titres, on a déjà dégagé les éléments d'un prêt et d'un gage. Aussi certains auteurs nient-ils absolument l'unité de ce contrat. M. Guillouard, par exemple, puis MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (1) ne veulent y trouver que « deux obligations unilatérales juxtaposées, mais non une convention synallagmatique ». « La convention, dans laquelle est contenu le prêt, fait, à la vérité, naître des obligations réciproques et peut être ainsi qualifiée de synallagmatique, mais cela tient à ce qu'elle contient deux contrats distincts, tous deux produisant leurs effets naturels, et qui sont le prêt et le gage. » Ces auteurs appuient leur opinion sur le raisonnement suivant : Ce qui forme l'essence de tout contrat synallagmatique est la création de deux obligations actuelles et principales, formant réciproquement la cause l'une de l'autre. Dans la vente, par exemple, le vendeur transfère la propriété de la chose vendue parce que l'acquéreur s'oblige à payer un prix, de

(1) Guillouard, *du nantis*, n° 24 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Prêt, dépôt, société*, n° 737.

sorte qu'on ne peut concevoir l'existence d'une obligation indépendamment de l'autre. Il en est tout autrement dans l'avance-sur-titres ; on ne peut dire que la cause de l'engagement du prêteur soit celui de l'emprunteur. Cela est si vrai que l'on conçoit fort bien ces obligations constatées dans des actes différents — ce qui se pratique d'ailleurs parfois — puisqu'ils ont une existence juridique indépendante l'une de l'autre.

b) *Contrat unilatéral.*

En opposition avec cette doctrine, une opinion à peu près isolée a pris naissance dans la jurisprudence (1), c'est celle qui voit dans l'avance-sur-titres un contrat unilatéral. Elle se base sur ce que, dans cette opération, il y a un emprunt et partant une obligation unilatérale de rembourser une somme d'argent, pour en faire l'essentiel de la convention (2). Du côté du prêteur, il n'y a pas engagement véritable, mais bien plutôt éventualité de restituer les valeurs dont il était nanti. En les recevant, il a créé seulement la possibilité d'une obligation future qui se réalisera par des faits postérieurs et qui prendra sa source non dans le contrat lui-même mais dans son exécution. Telle est bien l'intention des parties, dit-on. Examinez un acte sous seings privés constatant un accord de ce genre. Vous

(1) En ce sens, Douai, 23 juin 1884 (S. 90.1.257).

(2) Cf. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 698 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n. 683 ; A. Wahl, *Tr. des titres au porteur*, t. II, n. 1144. — Cass. civ., 29 octobre 1894 (S. 96.1.193).

trouverez qu'il mentionne l'obligation de l'emprunteur, mais n'indique aucun engagement de la part du prêteur.

c) *Contrat synallagmatique.*

Enfin, la Cour de cassation (1) adoptant une attitude différente a décidé que : l'acte sous seings privés qui constate à la fois un prêt de somme d'argent et une constitution de titres en gage par l'emprunteur pour garantie de la somme prêtée, a pour effet de donner naissance à deux obligations distinctes et principales : l'obligation de l'emprunteur de rendre la somme prêtée, et l'obligation du prêteur de restituer, en cas de remboursement, les titres donnés en nantissement. Elles forment une convention unique et synallagmatique.

2° *Appréciation critique.*

Repoussons de suite la théorie de l'avance-sur-titres contrat unilatéral. Sans chercher actuellement les dangers qu'elle présenterait, notamment au point de vue de la preuve de la convention, nous devons en souligner le contre sens juridique.

La Cour de Douai n'a pas craint de nier l'obligation du créancier gagiste : « Tout au plus, dit-elle, pourrait-on soutenir que le contrat de gage a fait naître l'éventualité

(1) Ch. civ. Cass., 8 mars 1887 (S. 90, 1, 257) et la note de M. Ch. Lyon-Caen.

pour le créancier de restituer les valeurs dont il était nanti, qu'il a créé seulement la possibilité d'une obligation future qui se réalisera seulement par des faits postérieurs et qui prendra sa source non dans le contrat lui-même mais dans son exécution. »

Elle nie résolument l'existence d'une obligation principale à la charge du prêteur, et accorde seulement à l'autre partie une action éventuelle, analogue à l'action *contraria* du droit romain conservée par les derniers partisans du contrat synallagmatique imparfait (1). Mais cette subdivision des contrats est presque entièrement abandonnée par la doctrine moderne (2), qui enseigne que la nature d'un contrat doit être déterminée au moment où celui-ci se forme, abstraction faite des circonstances qui peuvent la modifier, et range par conséquent dans la classe des contrats unilatéraux tous ceux qui n'engendrent pas immédiatement des obligations réciproques à la charge des deux parties. Aussi la Cour de Douai, à son exemple, n'hésite-t-elle pas à faire de l'avance-sur-titres un contrat unilatéral.

Malheureusement, elle s'est étrangement méprise sur la notion même du contrat en général et sur celle du gage en particulier. Rien à cet égard ne saurait être plus juste ni plus précis que l'argumentation de M. Lyon Caen dans la note précitée : « Il ne peut pas y avoir de contrat sans

(1) Aubry et Rau, *Dr. civ.*, § 341, n. 2.

(2) Cf. Laurent, *Dr. civ.*, t. XV, n° 435. Huc, *Dr. civ.*, t. VII, n° 4. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, t. I, n° 11.

obligation, dit-il. Cela résulte de la définition même du contrat donnée par l'art. 1101. Avec les idées émises dans l'arrêt de Douai, le contrat de gage ne ferait pas naître d'obligation du tout ! En effet, il est bien certain que, par ce contrat, le débiteur ne se trouve pas obligé, il ne peut l'être qu'accidentellement, par suite de faits postérieurs. On a toujours considéré qu'une seule personne se trouve nécessairement obligée par le contrat de gage, le créancier gagiste, qui est tenu, soit de restituer le gage après l'extinction de la dette, soit de rendre compte du prix de la vente ou de la valeur du gage, selon que le gage est vendu ou attribué au créancier gagiste. La Cour de Douai a nié même l'obligation du créancier gagiste. »

Cette erreur juridique a été redressée par la Chambre civile de la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 8 mars 1887 (1), reconnut à la convention ainsi formée un caractère synallagmatique. L'avance-sur-titres, décidait-elle, est un contrat indivisible faisant naître deux obligations en sens contraire.

Cependant cette création d'obligations réciproques n'a pas toujours paru suffisante pour affirmer l'unité de l'opération ; et nous avons tantôt reproduit les arguments sur lesquels quelques auteurs se basent pour déclarer que l'avance-sur-titres est seulement la réunion de deux contrats.

Il peut sembler bien téméraire d'élever une objection

(1) S. 90.1.257 ; D. 87.1.264 ; Pand. fr. 87, 1, 154 ; J. Pal. 90, 1, 636.

contre une opinion émise par des autorités aussi considérables. Cependant, ce raisonnement, qui s'appuie sur la vieille idée d'une causalité nécessaire à la naissance du contrat, nous paraît trop strict et ayant une base en elle-même incertaine.

Des conventions nées de l'acte appelé « avance-sur-titres » naissent, nous l'avons dit : au profit du capitaliste qui prête de l'argent, l'obligation directe de l'emprunteur de rendre la somme prêtée ; au profit de l'emprunteur, l'obligation directe du prêteur de restituer le gage, s'il est remboursé, ou de rendre compte du prix de venté, s'il l'a vendu faute de remboursement. Il y a en présence deux obligations actuelles et principales. Ceci ne doit soulever aucune objection, puisque nous savons qu'il est juridiquement impossible de soutenir que l'obligation de restituer les titres mis en gage n'est qu'éventuelle. Cette obligation existe dès que le banquier a conclu l'accord et reçu les titres en gage ; elle naît dès la conclusion du contrat, seule son exécution est différée jusqu'au jour du remboursement. Les deux parties sont donc bien, du jour de la signature de l'acte sous seings privés, réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre, au sens de l'art. 1102 C. civ. (1).

Ceci est d'une évidence incontestée, même par les partisans de la dualité du contrat. Ils reconnaissent expressément que « la convention contient deux contrats unilaté-

(1) V. en ce sens : Cass. 29 mars 1897 (*La Loi*, 21 avril 1897, et réf.).

raux ; que dans chacun d'eux le créancier est la personne qui remplit dans l'autre le rôle de débiteur ; qu'il y a donc des obligations réciproques » (1). Mais, disent-ils, ces obligations ne sont pas cause l'une de l'autre ; voici ce qui s'oppose absolument à ce qu'on les déclare synallagmatiques. Qu'importe qu'elles soient constatées dans le même acte ! Elles sont et demeurent unilatérales ; leur nature ne peut changer.

Cette conception n'est peut-être pas absolument exacte. S'il est juste de dire que le mode de preuve ne peut influencer sur la nature d'un contrat, il ne faut pas pousser cette idée à l'extrême et déclarer qu'un contrat reste toujours uniformément identique à lui-même, quelles que soient les circonstances de sa formation. Il est depuis longtemps admis qu'un contrat unilatéral, tout en conservant son caractère principal, se transforme en une certaine mesure en contrat synallagmatique lorsqu'il est fait sous des charges ou des conditions à remplir par la partie en faveur de laquelle il est passé. C'est ce qui a lieu pour des donations faites sous des charges imposées au donataire, ou pour le cautionnement fourni sous la condition, de la part du créancier, d'accorder des termes au débiteur ou de lui donner mainlevée d'une inscription hypothécaire (2). La jurisprudence a admis cette transformation de nature dans le cas où « il résulte de la conven-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 713. Cf. Guillouard, *Du prêt, du dépôt, du séquestre*, p. 86, n° 72.

(2) Cf. Laurent, t. XIX, n° 221 et suiv., Aubry et Rau, § 341.

tion que chacune des parties a entendu contracter une obligation principale qui, ne se rattachant par aucun lien nécessaire à la nature du contrat, soit l'œuvre tout à fait discrétionnaire de la volonté des contractants (1) ». N'est-ce pas le cas des stipulations contenues dans l'avance-sur-titres ?

D'ailleurs, le critérium même qui sert à ces savants auteurs à dénier à cette opération le caractère synallagmatique est d'une grande imprécision. Il faut, dit-on, qu'il existe un lien de causalité entre les deux obligations contenues dans l'acte. Que doit-on entendre par là ? M. Planiol (2), continuant et condensant d'une façon lumineuse les critiques adressées à cette fameuse théorie de la cause, par une importante fraction de la doctrine moderne (3), en a savamment montré l'inconsistance. Malgré les nombreuses et remarquables études qu'elle a inspirées, aucun auteur n'est parvenu à en donner une définition exacte, à la tirer des limbes où l'esprit se perd à la poursuivre. C'est que cette notion est à la fois fausse et inutile, aussi bien en ce qui concerne les contrats unilatéraux à titre onéreux et à titre gratuit que les contrats synallagmatiques. Cela est hors de doute pour cette dernière catégo-

(1) Cass. req., 23 avril 1877 (S. 78, 1, 399). Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. II, p. 374.

(2) Planiol, *Dr. civ.*, t. II, n^{os} 1026 et suiv.

(3) Cf. Ernst, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?* (Bibl. du jurisc. et du public, Liège, 1826, t. I, p. 250-264) ; Laurent, *Dr. civ.*, t. XVI, n^o 111 ; Artur, *De la cause en dr. rom. et en dr. franç.* (Thèse, Paris, 1878) ; Timbal, *De la cause*

rie, la seule qui nous occupe ici. M. Guillouard (1), par exemple, fait une véritable pétition de principes lorsqu'il dit que « ces obligations naissent en même temps, car elles naissent l'une de l'autre ». On ne peut concevoir raisonnablement que deux obligations qui sont créées au même instant puissent se donner mutuellement naissance. Il y a à cela une véritable impossibilité logique. Le fait générateur d'une situation nouvelle lui est forcément antérieur. Fût elle exacte, cette théorie serait d'ailleurs complètement inutile ; car, en cas d'absence de cause, c'est-à-dire ici, dans l'opinion commune, absence de réciprocité d'obligations, la convention tomberait d'elle-même faute d'objet.

Cette imprécision est d'ailleurs telle, qu'elle semble avoir amené M. Guillouard (2), lui-même, qui vient de se montrer si catégorique, à une contradiction ou tout au moins à un certain relâchement de sa doctrine. Critiquant l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 mars 1887 (précité), il établit une distinction arbitraire entre les avances consenties par la Banque de France (cas de l'espèce jugée) et celles qui le sont par les autres banquiers. Se basant sur l'art. 16 du décret du 16 janvier 1808, il déclare que

dans les contrats et les oblig. en dr. rom. et en dr. franç. (Thèse, Toulouse 1882) ; Cornil, à propos de la revision du C. civ., *De la cause dans les conventions*, art. 1108, 1131 à 1133 (Bruxelles, 1890) ; Sfériadés, *Etude critique sur la théorie de la cause* (Thèse, Paris, 1897).

(1) *Du nantis.*, n° 24.

(2) *Op. cit.*, n° 25.

« celle-ci est autorisée non pas à faire des prêts mais uniquement des avances-sur-titres ». Donc, si, dans la généralité des cas, cette opération n'est que la réunion de deux contrats unilatéraux, un prêt et un nantissement, il n'en est pas de même au cas où la Banque de France fournit les capitaux ; ces contrats se confondent alors en un seul, *sui generis*, l'avance-sur-titres, qui prend le caractère synallagmatique. Et sur quoi base-t-on cette singulière différence ? Sur les règles intérieures de la Banque fixées dans ses statuts. Voici qui est troublant ! La situation n'est-elle pas à peu près identique pour les grandes sociétés de crédit et généralement pour toutes les banques qui ne consentent les avances qu'à des conditions réglementairement déterminées ? Pourquoi cette distinction ? Que reste-t-il de la règle ? Dans quels cas allons-nous dire que nous sommes en présence d'un contrat synallagmatique, dans quels cas, en présence de deux contrats unilatéraux juxtaposés ? Il faut, pour être logique, maintenir la même solution dans tous les cas, sous peine de ruiner le système, et dire avec M. Wahl : « Si, à la différence de tous les autres établissements, la Banque de France ne peut consentir des avances que tout autant que leur remboursement est garanti par un nantissement de titres, il ne résulte pas de là que ces avances-sur-titres aient un caractère autre que si elles étaient faites par tout autre établissement de crédit ou un particulier » (1).

(1) En note sous Cass. civ., 29 octobre 1894 (S. 96, 1, 193).

Mais il suffit que M. Guillouard ait montré la faiblesse de son argumentation. Nous n'hésitons plus à adopter la troisième opinion. Ce qu'il admet pour la Banque de France, il est de toute nécessité de le dire dans tous les cas. Ce n'est pas seulement dans les statuts des sociétés ou des banques qui fournissent les capitaux que la spécification de l'avance-sur-titres est inscrite. Elle résulte de la volonté des parties qui entendent conclure une opération dont les deux éléments se tiennent indissolublement, et dont ils acceptent mutuellement toutes les conséquences. L'emprunteur y trouve son compte en recevant immédiatement les capitaux dont il a besoin ; le banquier ne consent le prêt que parce qu'il reçoit les titres en garantie. Il y a un parallélisme évident entre l'obligation du banquier de restituer les titres ou de rendre compte et celle de l'emprunteur de rendre la somme prêtée à l'échéance.

Ces raisons nous semblent suffisantes pour déclarer que l'avance-sur-titres est un contrat synallagmatique. N'est-il pas clair, en effet, que la cause de l'engagement du banquier est la considération de l'avantage que l'emprunteur lui procure en s'engageant à lui restituer à l'époque convenue ses capitaux augmentés d'un certain chiffre d'intérêts et d'une commission, de même que la base de l'obligation de ce dernier est dans l'avantage qu'il va tirer de la remise de ces capitaux par le banquier ? A notre avis cette conception de la cause est la plus rationnelle en même temps que la plus concrète. Au lieu de dire que

dans les contrats synallagmatiques « les obligations de chacune des parties ont pour cause celles de l'autre ou des autres », il nous semble plus explicite et plus conforme à la réalité des faits de poser en principe que « d'une façon générale, dans les contrats intéressés, la cause de l'obligation d'une partie est la considération de l'avantage que l'autre partie lui procure par l'effet d'une prestation qu'elle réalise ou d'une obligation qu'elle contracte » (1).

Si l'on veut bien admettre avec nous cette notion de cause, en supposant établies la licéité de son objet et la capacité des contractants, nous pourrions compléter notre définition première et affirmer que l'opération est un contrat synallagmatique.

On s'est encore servi d'une autre arme contre cette individualisation de l'avance-sur-titres (2). On a cru la trouver dans notre régime fiscal ; et, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 1894 (3), on a déclaré qu'il n'y avait aucune différence entre l'avance-sur-titres et le prêt ordinaire. Cet arrêt assimile au prêt l'avance-sur-titres consentie à une société, pour lui appliquer l'art. 1^{er}, 2^o, de la loi du 29 juin 1872 qui assujettit à la taxe annuelle de 3 0/0 (4) « les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations des départements,

(1) Cf. P. Colin, *Théorie de la cause dans les oblig. conventionnelles* (Thèse, Paris, 1897), p. 65, 80.

(2) Cf. Guionin, *De la mise en gage des créances* (Thèse, Paris, 1907), p. 70.

(3) S. 96, 1, 193 et note de M. Alb. Wahl.

(4) Portée à 4 0/0 par la loi de finances du 26 décembre 1890.

communes et établissements publics, ainsi que des sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles ». Il n'y a sans doute aucune bonne raison de soustraire à la taxe sur le revenu les avances faites par la Banque de France, comme dans l'espèce jugée, ou par tout autre établissement de crédit, M. Alb. Wahl l'a démontré avec autorité en note de l'arrêt de la Cour de cassation. Mais nous ne croyons pas que cette application de la loi de 1872 soit une condamnation de la spécification du contrat d'avance-sur-titres. La loi a seulement voulu assujettir à la taxe toutes les opérations par lesquelles une société cherche à se procurer « les fonds dont elle a besoin » (1). Elle les a toutes comprises sous le nom général d'emprunts ; cela s'entend aussi bien des avances-sur-titres que des ouvertures de crédit, par exemple (2). L'acte est un emprunt, soit ; mais il est quelque chose de plus, et vouloir assimiler parfaitement l'avance au prêt est une erreur. L'arrêt semble l'avoir senti, tant il hésite à donner une solution catégorique. Il se contente de reprendre le terme vague et peu juridique d'emprunt, après avoir constaté « que ces contrats présentent tous les caractères juridiques du prêt à intérêt ».

(1) En ce sens, Cass. 8 nov. 1880 (S. 81, 1, 87) ; 6 mars 1882 (S. 83, 1, 379) ; 4 avril 1887 (S. 88, 1, 386) ; 8 janv. 1889 (S. 90, 1, 540) ; 2 déc. 1890 (S. 91, 1, 273) ; 13 juil. 1892 (S. 93, 1, 153, note M. Wahl) ; 15 nov. 1893 (S. 95, 1, 193).

(2) Cass. 2 juil. 1890 (S. 91, 1, 177 ; J. Pal. 91, 1, 407, note M. Wahl).

Cet arrêt est donc peu concluant contre la théorie que nous soutenons. La décision réformée du tribunal de la Seine du 12 juin 1892 avait certes raison d'établir une différence entre l'avance-sur-titres et le prêt consenti à une société et reconnue par celle-ci par un titre appelé « obligation ». Elle n'a eu que le tort de s'en faire une arme pour repousser l'application de l'impôt sur le revenu en s'efforçant d'établir, grâce aux travaux préparatoires de la loi de 1872, que la banque qui aurait fait l'avance et serait astreinte au paiement de la taxe, serait forcée de prélever cet impôt sur ses bénéfices. Ce résultat, dit-elle, a été écarté implicitement par la loi du fait de son abandon de la cédule D prévue au projet Wolowski et qui frappait de la taxe les bénéfices nets de toutes les professions, et notamment « de la banque, du commerce et de l'industrie » (1). Comme l'expose M. Albert Wahl (dans la note sous l'arrêt de cassation de 1890 précité), « ce n'est pas la cédule A (frappant les revenus des valeurs mobilières représentées par des titres nominatifs et au porteur et par des parts d'intérêts dans les sociétés), mais bien la cédule D qui subissait une atténuation en faveur des banques ; les obligations émises par une société et souscrites par une banque auraient été, si le projet avait été maintenu en son entier, soumises à la taxe sur le revenu, et la taxe sur les bénéfices de la banque aurait seule été diminuée de l'impôt payé par elle sur ces titres ; en dépit donc de

(1) *J. off.*, du 30 sept. 1871, p. 3744. — V. aussi le rapport de M. Casimir-Périer, *J. off.*, du 4 oct. 1871, p. 3809.

la suppression de la taxe sur les bénéfices, les banques doivent payer l'impôt sur les prêts qu'elles font aux sociétés, puisque, dans le projet primitif, ces prêts étaient assujettis déjà à cet impôt. Mais aux valeurs mobilières le texte définitif de la loi a ajouté l'emprunt, et c'est pour cette raison que la taxe est applicable aux prêts faits à une société par une banque, alors même que ce prêt n'est pas représenté par des titres négociables » (1).

Aucun principe juridique, aucun obstacle législatif ne nous semblent donc s'opposer à ce que nous puissions considérer l'avance-sur-titres comme un contrat spécial ayant sa détermination originale et par conséquent sa réglementation propre.

La conclusion de cette longue discussion se retrouvera à la base de nos développements futurs. Nous aurons l'occasion de constater que, seule, elle permet aux parties de réaliser pleinement leur volonté et de protéger sûrement leurs intérêts respectifs, principalement au moment de la signature de l'acte, en ce qui concerne sa preuve, puis à l'échéance pour assurer la satisfaction des droits de chacune d'elles.

(1) En sens contraire, cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 623; Demasure, *Etude du rég. fiscal des soc. et établ. publics*, n° 230.

3^o Mise en rapprochement de l'Avance-sur-titres et de deux opérations de banque particulières.

Il nous semble utile, pour achever de déterminer la physionomie de l'avance-sur-titres, de la rapprocher de deux autres opérations de banque, la couverture et le report, dont les caractères ne sont pas nettement définis. Elles ont parfois été assimilées à celle-ci ; nous voulons savoir ce qu'il en faut penser.

a) *La Couverture.*

On appelle « couverture », dans la langue de la Bourse, une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de titres que l'agent de change est en droit d'exiger du client avant d'accepter un ordre, afin de se garantir des différences éventuelles mises à la charge de celui-ci, et sauf à faire compte avec lui à l'échéance. Cette pratique, consacrée par le décret du 7 octobre 1890 (art. 61, 1^{er} alin.), est usitée de même par les coulissiers. Son analyse juridique peut aboutir à deux résultats : on peut dire qu'elle est un paiement (ou une dation en paiement) anticipé de la somme que le client pourra devoir à l'agent de change ; on peut encore dire qu'elle est un nantissement destiné à garantir les avances que l'agent de change consentira à son client.

Cette dualité de conception a donné naissance à un

gros développement de jurisprudence et de doctrine (1). Il est inutile d'en faire ici l'exposé. Si on la considère comme un gage préconstitué, elle ne saurait cependant d'aucune façon être assimilée à une avance-sur-titres. En ce cas, en effet, ce gage existe d'une façon tout à fait indépendante du prêt qui prendra naissance plus tard, si même il naît jamais. Il y a dans cette hypothèse deux contrats bien distincts. Donc aucune analogie avec l'avance-sur-titres, contrat unique, né en un seul instant, par un accord simultané de volontés créatrices de deux obligations réciproques et constaté par un seul acte.

b) *Le Report.*

L'opération de Bourse appelée « report » est un contrat spécial, complet par lui-même dès qu'il réunit les deux éléments d'un achat au comptant et d'une vente à terme ou d'une vente au comptant et d'un achat à terme intervenus simultanément sur les mêmes valeurs. La solidarité des deux opérations qui se réunissent pour n'en plus faire qu'une seule est de son essence.

Le report permet à un spéculateur de conserver pour une seconde liquidation la position prise pour une pre-

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* t. IV, n^{os} 989 et suiv. et notes. L'intérêt de la discussion est d'ailleurs bien réduit, depuis que l'art. 61, 2^e alin. du déc. du 7 octobre 1890 autorise l'agent de change non payé à l'échéance à aliéner les valeurs remises en couverture et de s'en appliquer le prix. Ce n'est guère, en effet, qu'en ce qui concerne les formalités de constitution et la réalisation que se pose la question.

mière, et de bénéficier de la différence entre les deux cours. L'acheteur ne prenant pas livraison des titres achetés en liquidation se fait reporter, c'est-à-dire qu'il revend ces titres au cours de compensation fixé le jour de la liquidation, en rachetant en même temps la même quantité, pour la liquidation suivante, au même prix majoré d'une somme x , qui représente le prix du report : en fait, le prix du loyer de l'argent avancé par un reporteur qui a pris livraison des titres aux lieu et place de l'acheteur en cause. L'opération de ce dernier se règle donc par le paiement ou l'encaissement de la différence existant entre le prix de son achat originaire et le cours de compensation (1). Ce reporteur est un capitaliste qui, ayant des fonds disponibles, les met à la disposition des intermédiaires de Bourse pour venir prendre la place des acheteurs n'ayant pas les fonds suffisants pour lever les titres (2). Les capitalistes reporteurs deviennent ainsi acheteurs en liquidation des titres non levés et ils reven-

(1) Soit un achat de 25 de Beers à 500 fr. : l'opération est reportée sur le cours de compensation de 520 francs plus 2 francs de report. Le spéculateur règle la différence entre l'achat à 500 et la vente à 520, et il reste acheteur à 522 francs en liquidation suivante.

(2) Nous ne pouvons aborder ici la délicate question du report direct, c'est-à-dire du report dans lequel le reporteur n'est autre que l'intermédiaire de Bourse prenant la double qualité de négociateur en Bourse et de capitaliste prêteur, dont la légitimité a été souvent contestée. Observons seulement qu'il est actuellement admis en doctrine et en jurisprudence que les intermédiaires de Bourse (agents de change et banquiers coulissiers) ont le droit d'employer en reports leurs propres disponibilités. Ils agissent ainsi normalement, et les clients reportés n'ont pas à savoir qui les reporte.

dent en liquidation suivante ces mêmes titres qu'ils lèvent. Le prix du report, c'est-à-dire la différence entre le prix d'achat et de vente à terme, constitue leur bénéfice. C'est la juste rémunération du service qu'ils rendent aux spéculateurs et c'est aussi la rétribution des capitaux qu'ils engagent ainsi.

Parfois aussi le reporté n'est plus un spéculateur voulant prolonger une opération à terme précédemment conclue, mais un propriétaire de titres ayant besoin d'argent pour un certain laps de temps. Par exemple, Pierre, propriétaire de 3.000 francs de rente 3 0/0, veut se faire de l'argent pour un mois. On cote 0,20 de report sur 96, cours de compensation. Pierre livre les 3.000 francs de rente 3 0/0 et touche, le jour des recettes, la somme de 96.000 francs. La prochaine liquidation arrivée, Pierre doit payer, le jour des paiements, la somme de 96.200 francs (plus les frais de courtage et d'impôt de Bourse).

La nature juridique des reports n'a été définie par aucune loi, pas plus que celle de l'avance-sur-titres. De semblables hésitations s'élèvent ici. Le report ne peut-il être rapproché de ce contrat dans lequel le reporteur jouerait le rôle de banquier prêteur et le reporté celui d'emprunteur, ou bien est-il la réunion de deux ventes, l'une au comptant, l'autre à terme, ou plus exactement une vente à réméré ?

Il tient de l'avance-sur-titres en ce que le prêteur (reporteur) remet ses fonds sur des valeurs qui restent entre ses mains. La somme à rembourser c'est le prix du marché

au comptant ; le montant de l'intérêt c'est la différence entre les deux prix (1). Il faut en passant remarquer que le prix du report est souvent moins élevé que le taux légal de l'intérêt ; mais cette différence est compensée par l'avantage que le capitaliste trouve à placer ses fonds à courte durée et à les avoir toujours disponibles.

Dans l'intention des parties le report n'est en effet qu'un prêt sous la forme d'une vente ; mais cette vente dont l'objet consiste en titres ou valeurs industrielles est suivie de la revente immédiate, concomitante, des titres livrés au prêteur par l'emprunteur ; le prêteur les achète au comptant et les revend à terme à l'emprunteur. Il s'analyse donc, en définitive, en une vente à réméré (2). Le capitaliste, après avoir acheté les titres au comptant et les avoir revendus à terme, demeure détenteur et légitime propriétaire des titres, jusqu'à ce que le paiement du prix de la rétrocession soit effectué ; l'emprunteur reste d'ailleurs toujours libre de reculer indéfiniment l'époque fixée pour prix du rachat, à la charge par lui de payer seule-

(1) En ce sens, Seine, 11 mars 1857 (*J. trib. com.*, t. VI, p. 109) ; rapport de M. le conseiller Bresson sous Cass. 9 mai 1857 (S. 57, 1, 546 ; *J. Pal.*, 57, 1181) ; Aix, 25 fév. 1868. — Cf. aussi Bédarride, *Bourses de com.*, n° 109 ; Jeannotte-Bozérien, *La Bourse*, t. I, n° 88,325 ; P. Pont. *Pet. cont.*, t. I, n° 625.

(2) En ce sens, Buchère, *Tr. val. mobil.*, n° 904 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantis.*, t. I, p. 8 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n°s 199 et 964 ; Thaller, *op. cit.*, n° 936 ; Allix, *Des reports*, p. 203 et suiv. — Cass. req. 3 février 1862 (S. 62, 1, 369. P. 62. 707, D. 62.1.163) et rapport de M. le conseiller Calmètes ; Cass. 1^{er} mars 1897 (S. 97.1.220) ; Paris, 19 avr. 1875 (D. 75.2.161).

ment les différences de cours. Bien que donnant à peu près les droits du gage, le report ne peut donc être considéré comme une avance-sur-titres. Les différences entre les deux opérations sont importantes.

1° Dans la mise de titres en report, nous venons de le voir, le capitaliste se dessaisit réellement et immédiatement des titres. Pierre a vendu en liquidation et touché le montant de la vente ; les titres deviennent la propriété du capitaliste reporteur ou prêteur d'argent. Mais le même Pierre, en tant qu'acheteur à terme, par suite de la seconde opération du report, demeure un acheteur *in genere*. Il recevra en liquidation prochaine 3.000 francs de Rente 3 0/0 ; mais il suffit qu'on lui livre 3.000 titres en Rente 3 0/0, il n'est pas nécessaire que ce soit ceux-là même qu'il a livrés.

Au contraire, dans le contrat d'avance-sur-titres, le titulaire du compte d'avance reste propriétaire des titres déposés. Ceux-ci sont spécialisés sur l'acte d'avance ; ils forment la garantie réelle du prêt consenti. Le prêteur, par application des règles du Code civil et du Code de commerce, est tenu de les conserver, et engage sa responsabilité en cas de perte. Par contre, il jouit du privilège du gagiste, dans des conditions à déterminer. L'emprunteur ne peut rentrer en possession de ses titres qu'en remboursant le montant de l'avance consentie.

2° En conséquence, Pierre, n'étant plus qu'un acheteur *in genere*, reprendra la même quantité de titres, telle qu'elle se comportera en Bourse, au jour de la liquida-

tion. Il perd le bénéfice des chances de tirages s'il s'agit de valeurs à lots ou à primes. Par contre, en tant qu'acheteur à terme dès le jour de la vente en liquidation, il est absolument garanti contre la baisse des cours. Il reprendra ses titres au prix fixé. Il n'aura d'ailleurs pas à supporter le montant du détachement du coupon, car le prix de rachat est diminué de la valeur dudit coupon.

Dans l'avance-sur-titres, l'emprunteur demeure propriétaire de ses titres. Il conserve donc toutes les chances et avantages, comme aussi les désavantages, qui sont attachés à la propriété des titres. Il jouit des coupons, des tirages, il a les chances de hausse et les risques de baisse.

3° Enfin — mais cette différence est moins importante — dans la mise en report, le reporté et le reporteur ne se connaissent pas et n'ont pas à se connaître. L'intermédiaire de Bourse les a rapprochés et a prêté son ministère à la négociation en Bourse nécessairement anonyme. Il est personnellement garant de l'opération.

Au contraire, dans l'avance-sur-titres, le prêteur et l'emprunteur se connaissent mutuellement.

Donc, en dépit des assimilations qu'on a été tenté de faire bien souvent, l'avance-sur-titres reste un contrat original. Elle a sa réglementation propre. Elle rend des services spéciaux. Si, en certaines circonstances, elle peut suppléer au report, les différences théoriques et pratiques entre les deux opérations n'en sont pas moins considérables, et dérivent, en somme, de leur utilisation différente : le report est à proprement parler un instrument de spécu-

lation, l'avance-sur-titres est un instrument de crédit.

On opérerait plus justement une assimilation de l'avance-sur-titres avec l'opération pratiquée en Allemagne et nommée « Lombardgeschæft » en souvenir du commerce de banque fait sur une si large échelle par les Lombards au Moyen-Age. C'est un véritable prêt sur nantissement de valeurs mobilières, qui tient lieu d'un marché à terme et aboutit au même résultat pratique. Il consiste de la part d'un spéculateur à acheter des titres au comptant chez un banquier, qui, prenant ensuite ces titres en couverture, prête à son client une somme proportionnelle au montant du titre, moyennant une commission convenue. Mais jusqu'ici le Lombardgeschæft reste une opération spéciale aux Bourses allemandes, et il semble bien qu'en France le report et l'avance-sur-titres suffisent aux doubles besoins des spéculateurs et des commerçants (1).

(1) Cf. De l'introd. et de la légal. de l'op. dite Lombardgeschæft à la Bourse de Paris (*Revue jurid. des op. de Bourse*, 25 juil. 1906, p. 449). Paris, 26 juin 1906 (*Ibid.*, 10 juil. 1906).

CHAPITRE II

QUALITÉS REQUISES DES CONTRACTANTS

Qui peut signer valablement un acte d'avance-sur-titres? La réponse est la même pour les deux contractants, prêteur et emprunteur, et peut se formuler ainsi : Ou bien ils sont légitimes propriétaires l'un des sommes prêtées, l'autre des titres engagés et doivent avoir la pleine capacité de contracter ; ou bien ils n'en sont pas propriétaires, mais doivent alors avoir le pouvoir de prêter ou d'engager.

Identique pour les deux parties en cause, cette formule n'a cependant pas la même importance d'application chez l'une et chez l'autre. Il faut en effet tenir compte de la personnalité de chacune d'elles. Le prêteur est généralement un banquier ; pour lui les questions de capacité et de pouvoir sont donc très simplifiées du fait qu'il est commerçant ; nous n'aurons donc qu'à indiquer à quelles conditions il exerce valablement sa profession. La capacité de l'emprunteur est plus variable en pratique. Ce peut être un mineur émancipé, ce peut être une femme mariée ; de plus l'un et l'autre peuvent être commerçants. Autant de modifications

de capacité, autant de règles spéciales. L'emprunt peut encore être fait au profit d'un mineur non émancipé, d'un interdit, d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire, toutes personnes absolument incapables d'agir par elles-mêmes et dont les intérêts sont alors confiés par la loi à des administrateurs dont il s'agit de fixer les pouvoirs. Enfin l'emprunteur peut être détenteur de titres perdus ou volés ; à quelles conditions le gage constitué par lui sur ces valeurs sera-t-il alors valable ? comment seront sauvegardés les droits du légitime propriétaire ?

I. — Prêteur.

1^o Capacité.

Aucune difficulté spéciale ne s'élève en ce qui concerne la capacité requise des personnes qui consentent des avances-sur-titres. Il va de soi qu'elle ne doit être restreinte d'aucune manière : défaut d'âge, mariage (pour la femme), perte des facultés intellectuelles, condamnation à une peine criminelle, prodigalité ou faiblesse d'esprit. Cette opération est un acte de disposition d'une sorte assez dangereuse pour celui qui verse les deniers ; il court toujours un risque de non-remboursement, bien que son débiteur lui accorde une garantie par la remise de ses titres, puisqu'à la réalisation le montant de ceux ci peut ne pas équivaloir à la somme prêtée. Ces règles de capacité vont d'ailleurs presque toujours se trouver modifiées

en ce sens qu'il ne s'agira pas d'un acte isolé, mais d'un acte habituel, autrement dit que l'avance-sur-titres sera l'acte professionnel d'un banquier. Nous nous trouvons alors sur le terrain commercial où, nous le savons, la capacité est plus largement entendue qu'en matière civile.

Aussi, le mineur peut-il, sans aucun doute, consentir des avances-sur-titres d'une façon habituelle, à condition d'être : émancipé, âgé de dix-huit ans, autorisé expressément à faire le commerce de banque (cette autorisation étant publiée suivant les formes légales). Il pourrait d'ailleurs faire de même des actes isolés d'avancées-sur-titres, en satisfaisant aux mêmes prescriptions.

En ce qui concerne les femmes, aucune incapacité ne les atteint à raison de leur sexe pas plus au point de vue commercial qu'au point de vue civil. Mais le mariage les plaçant dans un état de subordination à l'égard de leur mari, l'autorisation de celui-ci leur est nécessaire lorsqu'elles veulent faire le commerce d'une façon professionnelle ou à l'état d'actes isolés. Dans ce dernier cas les règles du Code civil s'appliquent purement et simplement : l'autorisation du mari doit être spéciale et expresse ou résulter de son concours dans l'acte. Mais si la femme veut exercer une profession, celle de banquier dans notre cas, il lui faut être habilitée par son mari d'une façon expresse ou tacite par un consentement englobant dans sa généralité la multiplicité des actes qu'elle va entreprendre.

Cette règle d'incapacité créée par le mariage, et durant aussi longtemps que lui, a d'ailleurs subi une grave dérogation du fait de la loi du 6 février 1893 qui rend à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile. Pour être moins radicale la réforme de la loi du 13 juillet 1907 n'en est pas moins extrêmement libérale. Cette loi accorde à la femme mariée, sous tous les régimes, sur tous les biens qui sont le produit de son travail ou des économies en provenant, des pouvoirs qui n'ont de limites que l'impossibilité d'aliéner ses biens, même mobiliers par donation entre vifs.

L'interdit, étant privé de l'exercice de ses droits civils, ne peut évidemment pas faire le commerce, ni, par conséquent, consentir des avances-sur-titres, même d'une façon isolée. Bien plus, son tuteur ne peut en son nom faire le commerce ni même continuer celui qu'il exerçait avant son interdiction. Ceci est vrai pour l'interdit légal comme pour l'interdit judiciaire (1).

Enfin, le prodigue et le faible d'esprit ne peuvent être autorisés d'une façon générale par leur conseil judiciaire ; on l'a maintes fois remarqué, ce serait donner à celui-ci la faculté de lever une incapacité qui ne peut être effacée que par l'autorité qui l'a créée, le tribunal. Ils peuvent toutefois consentir occasionnellement une

(1) Il faut cependant tenir compte des cas où des lois spéciales ont accordé à certaines classes de condamnés l'exercice de tout ou partie de leurs droits civils. Cf. lois du 30 mai 1854 (art. 12), 31 mai 1854 (art. 4), 25 mai 1873 (art. 16), 27 mai 1885 (art. 17).

avance-sur-titres, avec l'assistance de ce conseil judiciaire.

Voici, brièvement rappelées, les règles de capacité appliquées aux personnes qui font la banque. Mais la puissance financière appartient surtout de nos jours à des sociétés, à des grands établissements de crédit qui ont toute la confiance méritée du public. Il n'y a pas plus de difficultés à déterminer à quelles conditions elles peuvent faire valablement des avances-sur-titres. Les sociétés acquièrent la personnalité morale et du même coup la pleine capacité d'exécuter les actes qui doivent réaliser l'objet de leur fondation dès qu'elles sont régulièrement formées ; c'est-à-dire lorsqu'en dehors des conditions spéciales de l'art. 1832 C. civ. : apports réciproques des parties, intention de réaliser un bénéfice, volonté de constituer une société, elles réunissent les conditions générales exigées pour l'existence et la validité des contrats, lorsqu'elles ont un objet licite et lorsque les associés sont des personnes capables (art. 1108 et suiv. C. civ.). La question se résout donc en partie par l'application des règles que nous venons d'énoncer et revient à chercher si les associés sont eux-mêmes capables de faire le commerce et de s'associer. Ces deux choses sont distinctes : il ne faut pas conclure de l'autorisation générale donnée au mineur ou à la femme mariée de faire le commerce, qu'ils aient le droit d'entrer dans une société où ils pourront avoir à répondre sur tous leurs biens des dettes d'autrui, (sans compter les raisons de

convenance qui peuvent s'y opposer en ce qui concerne la femme). Ces motifs sont assez puissants pour faire décider que dans ce cas une autorisation spéciale serait nécessaire.

Tout ceci n'est que l'application du droit commun. Inutile d'insister ! Pourtant une objection semble possible. Nous avons parlé de la capacité des prêteurs, mais à aucun moment nous n'avons été inquiété par la pensée que notre opération pouvait être interdite ou du moins réglementée par la loi. Et cependant l'art. 411 C. pén. punit d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de cent à deux mille francs « ceux qui auront établi ou tenu des maisons de prêts sur gages ou nantissements, sans autorisation légale ». L'avance-sur-titres n'est-elle pas une espèce de prêt sur gage ? Le banquier qui accomplit cette opération d'une façon habituelle ne commet-il pas un délit, s'il n'a pas une autorisation spéciale ? Non, a-t-on pu répondre avec assurance ; l'art. 411 ne saurait être étendu aux avances-sur-titres ou autres gages incorporels (1). Cette distinction n'est certes pas écrite dans la loi ; mais elle résulte de son but qui a été de protéger les monts-de-piété contre une concurrence dangereuse pour les emprunteurs. L'article 411 n'est que le complément des mesures rigoureuses

(1) En ce sens, Cass. Ch. crim., 15 avril 1876 (S. 76, 1, 234, D. 76, 1, 404) ; Paris, 1^{er} mars 1883 (S. 83, 2, 180). Comp., toutefois Cass. Ch. crim., 19 mai 1876 (D. 76, 1, 406) ; 2 juin 1888 (*Pand. fr.* 88, 441). A l'étranger, notamment en Allemagne, l'autorisation est exigée.

prises contre les prêteurs sur gages mobiliers corporels (usuriers, serait mieux dire) et qui amenèrent en l'an XII la réorganisation de ces établissements. Or les rédacteurs du Code pénal n'ont pu penser aux avances-sur-titres presque ignorées à leur époque et en tous cas interdites aux Monts-de-piété jusqu'en 1891.

2^o Pouvoir.

Ici nous serons encore plus bref. Que dire du pouvoir du banquier sur les capitaux dont il a le maniement ? La question ne se pose pas. Ou bien il en est propriétaire, ou bien il peut régulièrement en disposer en vertu du dépôt qui les a confiés à sa garde ; en ce cas, en effet, ce dépôt est irrégulier ; l'application qu'il en fait à des avances-sur-titres est licite. Ceci, naturellement, à condition qu'il n'y ait pas fraude de sa part et que les capitaux versés à sa caisse par ses clients aient leur représentation constante et puissent être restitués à ceux-ci au terme stipulé ou même à toute réquisition.

Quant à l'hypothèse d'un administrateur du bien d'un incapable employant la fortune qu'il gère à de semblables opérations, nous n'avons pas non plus à nous en occuper. Le tuteur ne peut faire le commerce au nom de son pupille (mineur ou interdit) et la question ne se pose pas. Le sort des capitaux de la femme mariée est réglé par son contrat de mariage ; il n'y aura donc qu'à chercher si le mari a agi ou non dans les limites de ce contrat. Enfin le père qui a

l'administration légale et aussi la jouissance des biens de son enfant peut assurément faire fructifier les capitaux de celui-ci en les plaçant dans son entreprise.

II. — Emprunteur.

1° Capacité.

a) *Mineur émancipé.*

Nous ne nous occuperons pas ici du mineur en tutelle puisqu'aucun acte ne lui est permis sur son patrimoine. Nous aurons seulement à déterminer plus loin comment le tuteur peut en son nom contracter une avance-sur-titres. Seule l'émancipation lui fait acquérir une certaine liberté, différente cependant selon qu'elle le fait entrer dans la vie civile ou dans la vie commerciale.

Au premier cas, le mineur émancipé jouit d'une demi-capacité. La loi lui donne les moyens d'administrer sa fortune, mais, d'une façon générale, considère les actes de disposition comme trop périlleux à son inexpérience et les lui interdit. Doit-on classer les avances-sur-titres parmi ces opérations ? La loi s'est toujours, et avec raison, méfié de l'attrait irrésistible que peut exercer sur des cerveaux jeunes ce moyen facile de se procurer des capitaux qu'est l'emprunt. On aura beau objecter, pour permettre au mineur émancipé de contracter des avances-sur-titres, que son attention dans ce cas va se trouver éveillée par la

nécessité de se déposséder d'une liasse de titres, il n'en reste pas moins que cette opération contient un emprunt. Cette observation est d'ailleurs sans force à un second point de vue, puisque le gage lui-même, comme aboutissant à une aliénation, est interdit au mineur émancipé agissant seul.

Mais à cette double interdiction ne correspond pas une identique réglementation. D'une part, en ce qui concerne l'emprunt, en vertu du principe posé par l'art. 484 § 1, C. civ., à savoir que pour tous les actes qui dépassent la pure administration, les formes prescrites pour le mineur en tutelle sont nécessaires, le mineur émancipé peut valablement s'obliger conformément à un avis de son conseil de famille, homologué par le tribunal de première instance. D'autre part, en ce qui concerne le gage des titres, qui, nous venons de le dire, peut être assimilé à une aliénation éventuelle, il faut se référer à la loi du 27 février 1880 dont l'art. 4 décide : « Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles incorporels, les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non-émancipé. Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage. » Ces formalités sont les mêmes que pour l'emprunt ; autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal lorsque la valeur du capital des titres dépasse quinze cents francs ; mais remarquons-le bien, elles ne sont nécessaires que pour le mineur émancipé au cours de la tutelle ; à tort ou à raison le législateur a voulu laisser une plus grande liberté

d'action au mineur émancipé du vivant de ses père et mère, considérant sans doute qu'une protection particulière lui est inutile puisqu'il conserve ses deux protecteurs naturels, et à celui qui est émancipé par son mariage pour cette raison que le mariage suppose une certaine maturité d'esprit. Pour ces deux catégories de mineurs, la situation reste la même que sous la législation antérieure. La simple assistance du curateur suffit. Elle suffit même dans tous les cas, quelles que soient la nature et la valeur des titres ; en effet, l'art. 12 § 1 de la loi de 1880 abroge la loi du 24 mars 1806 qui exigeait l'autorisation du conseil de famille pour la vente d'une inscription de rente de plus de 50 francs, et le décret du 25 septembre 1813 qui soumettait à la même condition l'aliénation de plus d'une action entière de la Banque de France. Il est d'ailleurs utile de remarquer qu'en fait les différences de traitement entre les trois catégories d'émancipés s'atténuent puisque la loi de 1880 ne les oblige pas à convertir en titres nominatifs les valeurs au porteur qui peuvent leur échoir par succession ou autrement au cours de l'émancipation ; il leur sera donc aisé de se soustraire à toute surveillance pour en disposer et les transmettre de la main à la main. A quoi servent d'ailleurs ces dispositions de faveur, dans notre cas, puisque pour contracter une avance-sur-titres le mineur émancipé est toujours obligé, en tant qu'il emprunte, d'obtenir l'autorisation de son conseil de famille homologuée par le tribunal ? Qu'importe qu'elle ne vise que l'emprunt ou, ensemble, l'emprunt et le gage, la complication est la

même ! Rien mince est l'avantage pour les émancipés par mariage ou du vivant de leurs parents de pouvoir se dispenser de l'assistance de leur curateur !

Mais, à vrai dire, nous ne trouverons guère en pratique d'avances-sur-titres contractées que par des mineurs émancipés commerçants, pour les besoins de leur négoce. En ce cas le mineur émancipé étant réputé majeur quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, peut certainement effectuer cette opération sans aucune formalité. Rien ne s'oppose à ce qu'il emprunte. D'autre part, nous savons que l'art. 6 C. com. ne lui prescrit de précautions spéciales que pour l'aliénation de ses immeubles ; il l'autorise au contraire à les engager ou les hypothéquer librement. Il peut donc, *a fortiori*, engager ses meubles y compris ses valeurs mobilières.

b) *Femme mariée.*

Du fait du mariage, la femme se trouve vis-à-vis de son mari dans un état de dépendance qui ne peut cesser que par l'effet de la séparation de corps. Certes, cette incapacité va recevoir des limites plus ou moins larges, au gré des époux, libres de régler à leur guise leur régime matrimonial. Mais il existe un état normal réglé par les art. 215 à 226 C. civ., qui se résume en ceci :

D'une façon générale, la femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement de son époux. Elle ne peut donc certainement pas emprunter ni engager ses titres. Il lui

faudra l'autorisation de celui-ci pour contracter une avance et nous avons vu plus haut quelles qualités devait avoir cette autorisation.

Mais nous devons tenir compte des restrictions conventionnelles qui peuvent être données par les époux à ce pouvoir de contrôle du mari. Ainsi, lorsque ceux-ci ont adopté le régime de séparation de biens, la femme conserve l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle. Est-ce à dire qu'elle peut valablement contracter une avance-sur-titres ? L'art. 1449 C. civ. donne à l'administration de la femme séparée de biens la qualification de libre, qui veut évidemment désigner un droit très étendu, non comparable à celui du mineur émancipé qui ne peut accomplir que les actes de pure administration. La femme séparée peut donc contracter valablement toutes les obligations relatives à l'administration de ses biens. La loi ne le dit pas, mais cela n'en est pas moins certain ; comment accomplir les actes très variés d'une gestion de fortune sans s'obliger ? La femme doit pouvoir emprunter des capitaux, par exemple pour assurer l'exploitation d'une propriété foncière. Pour ce faire, l'avance-sur-titres est la seule forme d'emprunt accompagné d'une garantie, — et qui, dans la pratique, consentirait un autre prêt ? — qui lui soit possible, puisqu'elle ne peut hypothéquer ses immeubles sans l'autorisation maritale ; au contraire, elle a le pouvoir de disposer librement de son mobilier, ce qui comprend la possibilité d'engager ses titres en banque. En d'autres termes, elle peut con-

tracter une avance-sur-titres sans aucune autorisation.

Ce que nous venons de dire pour la femme séparée de biens contractuellement est aussi vrai pour la femme séparée de biens judiciairement. Nous en trouvons encore l'exacte application dans le régime dotal, où, en effet, la femme est réputée séparée de biens pour tout ce qui concerne ses biens paraphernaux.

Enfin, la femme a obtenu de la loi du 13 juillet 1907 une très large extension de capacité. Quel que soit son contrat de mariage, quant à l'administration de ses biens réservés, elle a désormais tous les pouvoirs d'une femme séparée de biens. Elle peut, aux termes de l'article 1^{er} § 2, faire emploi en valeurs mobilières des produits de son travail personnel et des économies en provenant. Ces titres à leur tour peuvent lui servir à trouver du crédit dans une banque.

Bien plus grande encore est la dérogation qu'apporte à la règle d'incapacité générale de la femme mariée le fait qu'elle exerce un commerce. Qu'importe alors son régime matrimonial, qu'importe aussi l'origine des biens dont elle dispose? elle peut toujours valablement s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce. Certes, elle a bien dû obtenir l'autorisation initiale de faire le commerce, mais dès lors ses pouvoirs sont aussi larges que si elle était restée fille. En sorte que, si elle a besoin de fonds, elle peut emprunter et garantir ce prêt par un nantissement constitué en valeurs mobilières.

c) *Personnes frappées d'interdiction ou pourvues
d'un conseil judiciaire.*

L'interdit ne peut par lui-même faire aucun acte valable. Quant au prodigue ou au faible d'esprit, qui jouissent cependant d'une capacité restreinte comparable à celle du mineur émancipé, les avances-sur-titres ne leur sont assurément pas permises ; le Code leur a formellement interdit d'emprunter et d'aliéner leurs valeurs mobilières. Nous indiquerons seulement quels sont les pouvoirs de leur tuteur ou conseil judiciaire.

2° **Pouvoir.**

a) *Tuteur.*

Nous savons que le mineur non émancipé ne peut, seul, accomplir aucun acte intéressant son patrimoine, et que, lorsqu'il cesse d'être sous la protection naturelle de ses parents, un tuteur lui est donné pour prendre soin de ses intérêts. Cependant la gestion de ce mandataire a des limites tracées par la loi ; peut-il contracter une avance-sur-titres pour le compte du mineur ? Non, s'il n'a obtenu l'autorisation du conseil de famille. L'art. 457 C. civ. le dit pour l'emprunt exigeant même du tuteur, puisque son rôle est non pas de spéculer mais de faire de sages économies dans l'intérêt du pupille, la démonstration de l'urgence ou de l'utilité immédiate de cet emprunt. L'art. 1^{er}

de la loi du 27 février 1880 le prescrit pour l'aliénation des valeurs mobilières, et par suite pour leur nantissement. L'homologation du tribunal est de plus requise dans tous les cas en ce qui concerne l'emprunt, et seulement lorsque la valeur des titres dépasse 1.500 francs en capital, en ce qui concerne le gage.

Par suite de l'assimilation que fait l'art. 509 C. civ. de l'interdit au mineur, les règles que nous venons de rappeler sont également vraies pour le tuteur de celui-ci.

b) *Mari.*

En corollaire de l'incapacité générale de la femme mariée, la loi donne au mari le droit d'administrer les biens de celle-ci. Il peut contracter des emprunts pour leur conservation en bon état et aussi pour leur amélioration. Mais ce pouvoir général va souvent se trouver contrarié en ce qui concerne les avances-sur-titres par les restrictions apportées par contrat de mariage à sa faculté de disposer des valeurs mobilières de sa femme. Nous avons vu qu'il en était ainsi dans le cas de séparation de biens. La même situation peut se rencontrer aussi dans le régime de communauté, lorsqu'elle est exclusive de tout ou partie des meubles, ou encore lorsque des titres ont été donnés à la femme sous la condition qu'ils ne tomberaient pas en communauté. Le mari a bien encore le droit d'administrer les propres de sa femme ; mais bien que l'on soit tenté de conclure *a contrario* de

l'art. 1428 § 3 C. civ. (« le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement ») que le mari peut disposer des meubles propres de celle-ci sans son assentiment, nous croyons cependant qu'étant un mandataire général, il ne peut ni les aliéner, ni les engager sans son autorisation expresse et spéciale (art. 1988) (1).

Mais, bien plus intéressants sont les pouvoirs du mari vis-à-vis de la dot mobilière de sa femme lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal. Peut-il contracter une avance sur des titres faisant partie de cette dot ? Nous n'avons pas à rappeler les importantes controverses sur le droit de disposition du mari dans ce cas (2). Notons seulement la tendance dernière de la jurisprudence qui consacre une solution contraire à celle que nous venons d'admettre en ce qui concerne les propres de la femme commune. La dot mobilière est inaliénable en ce sens que la femme, tant que dure le mariage et que persistent les effets de la dotalité, même après un jugement de séparation de biens, ne peut l'engager par ses obligations, ni perdre directement ou indirectement son droit de recours contre son mari ; mais celui-ci n'en reste pas moins maître de la dot aux termes de l'art. 1549 C. civ. il lui est permis d'aliéner les meubles

(1) En ce sens, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 759. — Cass. req. 2 juil. 1840 (S. 40, 1, 887), 5 nov. 1860 (S. 61, 1, 49), 4 août 1862 (S. 62, 1, 935), Cass. civ., 17 déc. 1872 (S. 72, 1, 421).

(2) V. l'exposé complet dans l'intéressante thèse de M. Coroï, *Jurisp. relative à la dot mobilière* (Paris, 1912).

dotaux de sa femme et par là de convertir le droit de propriété de celle-ci en une créance contre lui, créance, encore une fois, qui se trouve frappée d'inaliénabilité. La formule de ce principe est posée d'une façon catégorique dans un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1874 (1). Mais de ce droit de disposer faut-il conclure que le mari puisse affecter les valeurs mobilières dotales à un nantissement exprès? Sans doute, puisque le gage contient dans son principe une éventualité d'aliénation. La Cour de Toulouse le constate en un arrêt du 20 décembre 1906 (2). Donc, de même qu'il est permis au mari, d'après la jurisprudence, d'aliéner à l'amiable les valeurs mobilières dotales quelconques et d'en employer le prix à payer ses propres dettes, il faut, par identité de motifs, lui permettre de s'en servir pour contracter une avance-sur-titres ayant la même destination.

3° Possesseur de titres perdus ou volés.

En principe, nul ne peut aliéner s'il n'est propriétaire, et par conséquent nul ne peut donner en gage un objet dont il n'a pas la propriété, sauf s'il agit en vertu d'un mandat conventionnel ou légal comme dans les cas que nous venons d'étudier. Si une avance a été consentie à un individu qui s'est à tort, quelle que soit d'ailleurs sa bonne ou sa mauvaise foi, déclaré propriétaire des titres donnés

(1) S. 74, 1, 60.

(2) D. 1907, 2, 217.

en nantissement, sans doute celui-ci n'en sera pas moins tenu de rembourser son emprunt, mais le gage sera nul et le tiers à qui appartiennent les titres pourra les revendiquer.

Cette règle est absolument vraie en ce qui concerne les titres nominatifs. Nous verrons dans notre chapitre IV qu'en matière civile le gage de ces titres n'est valable à l'égard des tiers que par une signification faite au débiteur de la créance engagée, et qu'en matière commerciale la loi de 1863 a, par faveur, permis d'en faire la preuve par un transfert de garantie sur les registres de la société débitrice et même par tous les autres moyens de preuve que reconnaît l'art. 109 C. com. Donc si l'emprunteur ne peut justifier de la signification ou du transfert régulier nécessaire à lui donner la propriété des titres, il ne peut à son tour accomplir cette formalité pour les donner en nantissement ; si le gage a pu être constitué valablement au banquier par simple tradition, cela n'empêche pas le propriétaire dépossédé du titre représentatif de son droit, de rester créancier de la société émettrice de ces valeurs, et de faire valoir ses droits contre elle à l'encontre du banquier possesseur du titre perdu ou volé.

Mais il en est tout différemment quand il s'agit de titres au porteur. Ces valeurs ne font pas que représenter un droit de créance, elles incorporent ce droit ; si bien qu'aliéner ou perdre un titre au porteur, c'est aliéner ou perdre sa créance. En un mot, on peut les considérer comme de

vrais meubles corporels dont la possession est le mode ordinaire par quoi on en démontre la propriété à l'égard de tous, et dont le gage en matière commerciale peut être prouvé par tous les moyens, et n'est subordonné qu'à la remise du titre (art. 91, C. com.). A la revendication du véritable propriétaire des titres qui en fut dépossédé par vol ou par perte, le banquier qui les a reçus en garantie d'une avance va donc pouvoir répondre : « En fait de meubles la possession vaut titre ». Comment alors va se trouver protégé le propriétaire ?

Bien entendu, nous supposons ici que le banquier est de bonne foi. Autrement le propriétaire n'aurait qu'à démontrer sa complicité avec l'emprunteur pour faire tomber le gage. Mais alors même que cette condition est réalisée, le propriétaire ne perd pas tout recours ; il peut agir pendant trois ans contre le détenteur des titres par application du droit commun (art. 2279 § 2, C. civ.) (1). Passé ce délai ses droits sont protégés par la réglementation spéciale de la loi du 15 juin 1872 (modifiée par celle du 8 février 1902). Il peut réserver son droit de propriété sur le titre et son droit au capital et aux arrérages par une double

(1) A charge de lui rembourser le montant du prêt qu'il a consenti, si le gage lui a été constitué par une personne appelée par sa profession à ne donner en gage que des valeurs mobilières (art. 2280, C. civ.), comme ce serait le cas pour un établissement consentant des avances-sur-titres et se procurant les capitaux nécessaires à ses prêts en se faisant consentir à soi-même, et au su de ses clients, des avances par une autre banque.

opposition, notifiée par huissier, l'une au Syndicat des agents de change de Paris, l'autre à l'établissement débiteur, et insérée le surlendemain au plus tard, au *Bulletin officiel des oppositions*. Ce n'est d'ailleurs qu'à la condition d'être antérieure à la négociation des titres que l'opposition du propriétaire a des effets utiles. Mais dès qu'elle est régulièrement formée elle constitue les tiers acquéreurs ultérieurs de mauvaise foi ; le propriétaire peut revendiquer les titres perdus ou volés même après le délai de trois ans de l'art. 2279 et en quelques mains qu'ils se trouvent. De même l'art. 2280 n'a plus d'application ; le tiers porteur ne peut exercer de recours que contre son vendeur ou contre l'agent de change par le ministère de qui il a acheté, il ne peut réclamer le prix des titres au revendant.

Toute cette réglementation est applicable quand les titres au lieu d'avoir été vendus ont été donnés en gage. L'avance-sur-titres est nulle à l'égard de l'opposant lorsqu'elle est postérieure au jour où le *Bulletin* est parvenu ou aurait pu parvenir par la poste dans le lieu où elle est faite (1). En effet, le but de la loi de 1872 a été de déroger à la maxime « en fait de meubles possession vaut titre », en donnant au propriétaire dépossédé le moyen de rentrer en possession de son bien. Or, il a toujours été admis que le créancier gagiste de bonne foi, pour protéger sa possession

(1) En ce sens, Seine, 10 janv. 1893 (*Gaz. des Trib.*, 18 avril 1893). Cf. A. Wahl, *op. cit.*, t. II, n° 1516 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 641, et t. III, n° 290.

peut invoquer cette maxime et repousser la revendication du propriétaire de la chose engagée (1).

Nous concluons donc de tout ceci que, pour que l'avance sur des titres perdus ou volés soit opposable aux tiers et même au propriétaire dépossédé il faut qu'il se soit écoulé plus de trois ans depuis la perte ou le vol, et qu'il n'ait pas été formé d'opposition avant la signature de l'acte. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation dans une espèce où un nantissement avait été constitué au profit de la Banque de France (2).

Mais cette protection ne vise absolument que les cas de dépossession par perte ou par vol. Aussi le propriétaire de titres au porteur qui les remet en gage à un banquier n'en est pas dépossédé au sens de la loi de 1872. Par conséquent, le tiers à qui le banquier les a lui-même remis à son tour en nantissement peut les retenir et les faire vendre à défaut de paiement à l'échéance et obtenir la mainlevée de l'opposition dont le propriétaire les avait frappés (3). Celui-ci aurait d'ailleurs un autre moyen plus direct et plus énergique de faire respecter ses droits. Nous verrons que le créancier gagiste, qui n'a qu'une possession précaire, ne peut user du gage sans l'assentissement de son débiteur. S'il viole cette obligation, celui-ci peut deman-

(1) Cf. Cass. 12 mars 1888 (D. 88, 1, 404); 6 juil. 1891 (S. 95, 1, 403); Seine, 4 juin 1890 (*Le Droit*, 7 juin 1890); 19 nov. 1904 (*Le Droit*, 22 déc. 1904).

(2) Cass., 2 mars 1892 (S. et P. 95, 1, 116).

(3) Seine, 27 janv. 1887 (*La Loi*, 10 avril 1887).

der la résolution immédiate du contrat et même des dommages-intérêts.

Cette faculté accordée au créancier gagiste d'obtenir lui-même la mainlevée de l'opposition faite par le propriétaire des titres qu'il a reçus en garantie, a été niée par un arrêt de la Cour de Paris du 28 juillet 1904 (1) à l'occasion de la procédure à employer. La loi de 1902 a apporté un correctif précieux à l'art. 17 de la loi de 1872 en instituant des formes rapides et économiques. « Le porteur d'un titre frappé d'opposition, dit-elle, peut poursuivre la mainlevée de cette opposition de la manière suivante » qui se résume ainsi : sommation adressée à l'opposant, assignation en mainlevée devant le président du tribunal civil du domicile du porteur jugeant en référé. Or, décide l'arrêt, le créancier gagiste n'est pas porteur dans le sens de cet article et ne peut par conséquent demander la mainlevée ; l'art. 17 de la loi de 1902 ne pourrait être invoqué que par l'emprunteur qui s'est présenté comme propriétaire du titre et l'a engagé en nantissement du prêt qui lui a été consenti. Cette interprétation nous semble en désaccord avec l'esprit de la législation des titres perdus et volés. Nous venons de dire qu'il y a un lien certain entre elle et les articles du Code civil sur la possession des meubles. D'où il suit que le mot « porteur », employé par la loi de 1902, l'a été sans aucun doute dans le sens que lui attribuait la législation antérieure, c'est-à-dire dans le sens de

(1) D. 1905, 2, 469.

possesseur. D'ailleurs, cette loi, en organisant une procédure rapide a voulu mettre fin à certains chantages facilités par l'application de la procédure ordinaire : Un individu faisait sans droit une opposition sur des titres au porteur et exploitait l'hésitation du possesseur à engager un procès long et coûteux en lui proposant une mainlevée amiable moyennant une certaine somme (1). Sur quoi se baserait-on pour refuser au créancier gagiste cette protection accordée au propriétaire ?

En fait, d'ailleurs, les banquiers n'usent généralement pas de ce pouvoir, et, pour parer à toute éventualité fâcheuse, préfèrent exiger de leurs emprunteurs la justification de leur propriété, en leur demandant, par exemple, la production d'un bordereau d'achat, ou d'un acte notarié de cession, ou d'un acquit de droits successifs. Est-ce à dire que cette pratique soit pour eux une nécessité légale ? et le propriétaire dépossédé ne pourrait-il intenter contre eux une action en responsabilité fondée sur l'art. 1382 C. civ. en alléguant qu'ils ont commis une négligence grave en ne vérifiant pas le prétendu droit du client ? Quelques décisions l'ont admis (2), mais nous semblent critiquables. Le tribunal de commerce de la Seine, notamment, a cru trouver cette nécessité dans une ordonnance de police du 14 thermidor an XIII qui interdit aux prêteurs sur nantisse-

(1) Cf. rapport de M. Grisart au Sénat (D. I. ann. 1902, 324).

(2) Trib. com. Seine, 3 mars 1875 (*Gaz. Trib.*, 15 mars 1875) ; 23 sept. 1875 (*Gaz. Trib.*, 9 oct. 1875) ; Seine, 2 déc. 1887 (*Gaz. Pal.*, 88, 1, 118).

ment de contracter sans s'être assurés de la qualité de propriétaire de leur emprunteur. Mais il est hors de doute que ces dispositions ne s'appliquent pas aux titres au porteur, presque inconnus à l'époque où cette ordonnance a été rendue. On chercherait vainement ailleurs le principe d'une semblable obligation. Dans le silence des textes, il faudrait donc baser la responsabilité du banquier sur une faute lourde de sa part ; et celle-ci ne nous semble pouvoir résulter que du mépris d'une intervention directe qui l'aurait averti du défaut de propriété de l'emprunteur ; à condition encore que cette intervention ait été revêtue de certaines formes qui en attestent le sérieux (1).

(1) En ce sens, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 293. Cass., 5 juin 1872 (D. 72, 1, 161) ; 28 juil. 1886 (S. 90, 1, 526).

CHAPITRE III

OBJET DU CONTRAT

Le mot « titre » sert, d'une façon générale, à désigner le moyen matériel délivré à un individu pour la constatation de ses droits ; c'est dans ce sens que l'on parle : des titres de propriété, des titres de créance, etc.. Il est alors synonyme du mot « acte ». Dans notre cas, il a un sens spécial et devient synonyme du terme « valeurs mobilières ». Cette expression est encore assez vague. Dans un sens large elle comprend tout écrit destiné à constater des droits de créance et considéré comme meuble par la loi, pour en faciliter la transmission. Mais en pratique on lui donne une acception plus étroite ; on entend sous ce nom tous écrits susceptibles d'être négociés sur les marchés publics, c'est-à-dire représentatifs de prêts consentis à des Etats, départements, communes, établissements publics, ou d'intérêts dans des sociétés sous forme d'actions, d'obligations et de parts de fondateur. En ce sens, l'expression « valeurs de Bourse » est plus explicite.

Cette conception du titre justifie les expressions de propriété et de droits qui en dérivent dont nous nous servons

au cours de cette étude. Il serait plus exact de parler de droits de créance, car le droit qu'a le titulaire d'une action c'est seulement celui de se faire payer une certaine somme par la société à l'époque du remboursement et de toucher jusque-là les intérêts de cette créance. Ce vice de langage est encore excusé par les besoins de clarté de l'exposition où nous visons surtout les titres au porteur, de beaucoup les plus répandus dans le public, et qui, en un certain sens, sont de véritables meubles corporels.

La classification des valeurs mobilières peut se faire à un triple point de vue.

Il faut distinguer :

1° Au point de vue de la *nature* des droits conférés :

a) Les effets publics, qui sont les titres d'emprunts émis par un Etat, par un département, par une commune, ou avec l'autorisation des pouvoirs publics (actions et obligations des chemins de fer, des sociétés anonymes créées avec l'autorisation du gouvernement) ;

b) Les effets privés, émis par toutes les autres personnes morales ou physiques.

2° Au point de vue de l'*étendue* des droits conférés :

a) L'action, qui est une part sociale constatée par un titre négociable ;

b) L'obligation, qui est une créance constatée par un titre négociable, et qui est généralement remise en échange d'un prêt consenti par le souscripteur ;

c) La part de fondateur, dont la nature est très discutée,

mais qui peut cependant se définir : un titre négociable conférant au porteur un droit aux bénéfices, sans cependant lui permettre d'assister aux assemblées générales.

3° Au point de vue de la *forme* :

a) Le titre nominatif, qui contient le nom du titulaire et ne peut se transmettre que par transfert ;

b) Le titre au porteur, qui est payable à toute personne qui le présente ;

c) Le titre à ordre, qui est transmissible par endossement.

La nature publique ou privée des titres ne peut avoir de conséquence sur leur mise en nantissement ; les uns et les autres sont admis à garantir une avance. Elle n'a d'ailleurs plus aucun intérêt pratique depuis que la loi du 28 mars 1885 a abrogé les art. 421 et 422 C. pén. qui ne punissaient les paris sur les cours qu'autant qu'il s'agissait d'effets publics (1).

Nous laissons donc définitivement de côté cette classification des titres et nous nous réservons d'étudier celle qui se rapporte à leur forme, dans la deuxième partie de ce chapitre.

Actuellement pour déterminer quelles sont les valeurs susceptibles de faire l'objet d'une avance nous nous en occuperons seulement au point de vue de l'étendue des droits qu'elles confèrent : Actions, obligations, parts de

(1) Cependant la jurisprudence semble vouloir la faire renaître par une très stricte application de l'art. 419, C. pén., en refusant de considérer comme punissables ceux qui, par des manœuvres frauduleuses, ont fait varier les cours d'effets privés, seulement. Cf. Ch. crim., 30 juillet 1885 (S. 85, 1, 514. — J. Pal. 85, 1205).

fondateur, telles sont en effet les trois grandes catégories de valeurs admises en pratique par les banques en garantie d'une avance, en y ajoutant toutefois l'espèce d'effet public appelée rente sur l'Etat qui, en raison de ses caractères spéciaux, ne peut rentrer dans une de ces trois classes. Elles seules méritent vraiment la dénomination de valeurs de Bourse. Quelques autres titres restent en dehors de cette énumération ; mais ils ne peuvent recevoir la même affectation, aussi n'en parlerons-nous que pour mémoire.

1^o Actions.

Les actions, nous venons de le dire, sont « des parts d'associé cessibles à volonté et représentées par un titre qui constate ses droits et facilite les cessions (1) ». Il faut distinguer :

1^o Au point de vue des *droits* que l'associé possède dans la société :

a) Les actions de capital, ou de numéraire, ou payantes, qui sont celles en échange de quoi le souscripteur verse en argent, la somme indiquée sur le titre, c'est le type normal de l'action ; elles ne sont négociables qu'après la constitution de la société, ce qui implique un versement préalable du quart ;

b) Les actions industrielles, attribuées aux associés qui

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n^o 520. Cf. Beudant sous D. 69, 1, 73.

au lieu d'argent apportent leur crédit, leur compétence, etc., et n'ont droit qu'à une part dans les dividendes mais non à une fraction du capital social ;

c) Les actions d'apport, ou de fondation attribuées aux associés qui fournissent des valeurs matérielles au lieu de sommes d'argent ; elles ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (art. 3, 2^o alin. loi 1867, mod. par loi 1^{er} août 1893) ;

d) Les actions de prime, attribuées à certaines personnes pour rémunérer les soins qu'elles ont donnés à la fondation de la société sans qu'elles soient obligées de faire aucun versement ;

e) Les actions de priorité, ou privilégiées, qui confèrent aux titulaires un droit de préférence à l'égard des autres actionnaires, soit au point de vue de la répartition des bénéfices, soit même au point de vue de la répartition du capital ;

f) Les actions de jouissance, qui sont des actions amorties, c'est-à-dire dont le capital a été remboursé à leurs propriétaires et qui leur donnent néanmoins le droit de continuer à toucher les dividendes, mais non le coupon d'intérêts, et de participer, à la dissolution, à la répartition de l'actif social après que les actions non amorties ont été remboursées.

2^o Au point de vue de la *forme* :

a) Les actions nominatives, c'est le mode originaire ;

b) Les actions au porteur ; elles ne peuvent affecter

cette forme que par suite d'une conversion qui ne peut être opérée qu'après entière libération (l. 24 juillet 1867, art. 3, modifié par l. du 1^{er} août 1893) ;

c) Les actions mixtes qui sont des titres nominatifs par la désignation du nom du titulaire, mais munis de coupons de dividendes à détacher au fur et à mesure de leur échéance (1) ;

d) Les actions à ordre, portant le nom du propriétaire actuel mais avec l'addition d'une clause lui permettant une transmission rapide. Elles portent alors la mention : « A l'ordre de x » ; elles sont d'une extrême rareté dans la pratique ;

e) Les actions libérées ou non, partiellement ou en totalité par le souscripteur.

Les différentes sortes d'actions sous ces formes variées, peuvent toutes en principe être données en garantie d'une avance, dès que la société est régulièrement constituée. Cependant la loi de 1893 déclare les actions d'apport non négociables pendant deux ans ; elles doivent pendant ce délai rester attachées à la souche. Mais nous verrons qu'un tiers peut détenir l'objet du gage pour le compte du créancier gagiste et que la société qui détient ces actions dans sa caisse pendant ces deux ans peut jouer le rôle de ce tiers. Cette question d'ailleurs, soulève des difficultés spéciales que nous étudierons plus loin.

(1) Cette désignation s'emploie aussi pour les actions qui correspondent pour partie à un versement en espèces et pour partie à un versement en nature.

2° Obligations.

L'obligation est « un droit de créance qui résulte de l'émission d'un emprunt amortissable, ou le titre négociable délivré en représentation de ce droit (1) ». Lorsqu'elle est émise par une société, son propriétaire, en tant que créancier de celle-ci, doit recevoir l'intérêt promis avant que les dividendes soient distribués aux actionnaires.

Elle est remboursable en un certain délai qui n'est pas toujours le même pour les autres. Dans l'usage un tirage au sort détermine, une ou plusieurs fois par an, celles qui doivent être remboursées. Souvent à la somme prêtée vient s'ajouter au remboursement un certain supplément. C'est ce qui fait distinguer les obligations simples des obligations à primes et à lots.

La *prime* est « une différence calculée sur chaque obligation d'une même émission, entre la somme reçue par l'emprunteur lors de l'émission, et le capital qu'il s'engage à verser en retour, lors du remboursement (2) ». La somme versée est le taux d'émission. La somme à rembourser est le capital nominal ou le pair. La différence est la prime de remboursement ou d'amortissement.

Le *lot* est « un avantage attribué, non pas à toutes les

(1) Lévy-Ullmann, *Des obl. à primes et à lots*, n° 1.

(2) Lévy-Ullmann, *ibid.*, n° 31.

obligations, mais à celle que la voie du sort déterminera à l'exclusion des autres (1) ».

Toutes ces obligations peuvent adopter une quelconque des formes que nous venons d'énumérer à propos des actions ; mais celle au porteur est la plus fréquente.

Toutes peuvent faire l'objet d'un nantissement dès qu'elles sont souscrites. Mais avant cette époque, le peuvent-elles également ? Cette question a soulevé de grosses controverses. Voici dans quelles circonstances elle se pose généralement.

Obligations non souscrites.

Lorsqu'une société industrielle décide d'émettre des obligations, il lui est sans doute loisible de procéder à une souscription publique ou de placer ses titres dans le public d'une façon quelconque. Mais cette méthode présente un inconvénient, à savoir que la société devra attendre la fin de la souscription ou du placement pour entrer en possession des fonds que l'opération doit lui procurer. Aussi a-t-on imaginé une autre manière de faire, plus expéditive.

Le banquier qui se charge de l'émission avance immédiatement à la société une partie de la somme dont elle a besoin, et la société lui remet en garantie les titres des obligations à souscrire ou à placer. Le banquier les place au fur et à mesure et applique successivement les sommes

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 570.

par lui encaissées de ce chef au remboursement des avances qu'il a consenties à la société.

Aussi bien au point de vue juridique qu'à cause des intérêts qu'elle met en jeu, la question est importante ; elle a donné naissance à un développement mérité de jurisprudence et de doctrine (1), dont l'étude ne peut malheureusement être entreprise ici. Il faut donc nous contenter de résumer les tendances dernières de la Cour suprême, pour indiquer une solution.

On a prétendu que l'opération ne pouvait être valable, car pour qu'un contrat de nantissement existe, il faut qu'il ait un objet, c'est-à-dire qu'une chose déterminée, réelle, soit remise au créancier par le débiteur. Dans l'espèce, quel serait l'objet de ce contrat ? Les obligations ? mais elles n'existent pas encore, n'ayant pas encore été souscrites. Jusqu'à ce qu'elles aient trouvé preneur, ce ne sont que des feuilles de papier. Qu'est-ce qu'une obligation ?

(1) V. le remarquable exposé de M. Wahl (Du nantissement constitué par une société sur ses propres obligations) dans le *Journal des sociétés* (1904, p. 97) et dans des notes au *Sirey*, sous Cass. civ., 6 mars 1895 (S. 97, 1, 193), Cass. civ., 6 avril 1897 (D. 97, 1, 372 ; S. 98, 1, 103), Cass., 13 juin 1903 (S. et P. 1905, 1, 497). — Cf. aussi Houpin, *Tr. des soc.*, p. 176 ; Demogue, *Rev. trim. dr. civil*, 1903, p. 176 ; janv. 1906, p. 173 ; Thaller, *De la nature jurid. des titres de crédit* (*Ann. dr. com.*, 1906, p. 25, note 2) ; Arthuys, *Exam. doct. de jurispr.* (*Rev. crit.*, 1906, p. 203) ; Schwartz, *Rev. des soc.*, 1904, p. 102 ; *Ann. dr. com.*, 1904, p. 101 ; 1906, p. 69 ; 1907, p. 81. — Trib. civ. Seine, 18 juillet 1890 (S. 92, 2, 25) ; Cass., 16 mars 1904 (D. 1904, 1, 321) et note M. Thaller. — La question est entièrement traitée dans la thèse de M. Châtel (*Du nantis. des oblig. non placées* Rennes, 1907).

C'est un titre qui représente une dette de la société envers le propriétaire de ce titre. Eh bien ! tant que les obligations n'ont pas été placées, tant que la société n'a reçu d'aucun prêteur les fonds qu'elle désire emprunter, elle ne doit rien. L'obligation, quoique créée matériellement, ne prendra d'existence juridique qu'à partir du moment où elle aura été souscrite. Jusque-là, elle n'est qu'un chiffon de papier sans valeur. Elle ne peut donc quant à présent faire l'objet d'un nantissement régulier valable.

Cette opinion, adoptée par certaines cours, était bien propre à jeter la perturbation dans le monde des affaires. Le banquier qui a fait des avances à une société contre la remise en garantie d'obligations privilégiées non encore souscrites a cependant bien cru se faire consentir une sûreté particulière. Et voici que cette convention est déclarée inexistante, qu'elle ne produit aucun effet juridique ! Aussi, la Cour de cassation a-t-elle saisi la première occasion pour réformer ce que cette thèse avait de fâcheux. Dans un arrêt du 13 juin 1903 (1) elle affirme la validité de la convention. Elle décide que les obligations à l'émission desquelles le créancier a reçu mandat de procéder pour se couvrir, ont d'ores et déjà « une existence légale complète, qu'elles sont matériellement transmissibles et que, quoique frappées d'une indisponibilité momentanée, elles réunissent tous les éléments d'une créance contre la société qui les a souscrites et peuvent dès lors faire l'objet

(1) S. 1905, 1, 497 et note de M. A. Wahl ; D. 1904, 1, 326.

d'un nantissement ». Un arrêt des Chambres réunies du 16 mars 1904 (1) a résolu la même question, mais dans des termes beaucoup plus réservés. Il s'est abstenu d'affirmer que le droit conféré au créancier par la remise de titres non encore placés constitue un gage proprement dit. Toutefois la convention n'est pas nulle, même si on ne la considère pas comme un nantissement. On est en face d'un *mandat* donné par la société à l'établissement dépositaire des titres en vue de pourvoir à leur placement. Il est impossible de dessaisir le créancier, possesseur des titres sans le rembourser. Le mandat que la société a conféré au banquier est en effet un mandat irrévocable, parce qu'il a été donné dans l'intérêt des deux contractants.

Enfin, récemment, une question analogue s'est présentée devant la Cour de Lyon et a été résolue dans le même sens par la Cour de cassation par un arrêt du 14 novembre 1911 (2), dans une espèce où les titres avaient été souscrits effectivement avant l'opération du nantissement mais n'avaient pas été libérées par le souscripteur.

3° Parts de Fondateur.

Cette troisième catégorie de valeurs mobilières n'a été ni prévue ni, par suite, réglementée par la loi. Les parts de fondateur sont encore appelées parts bénéficiaires, bons

(1) S. 1905, 1, 363. D. 1904, 1, 321 et note de M. Thaller.

(2) *Pand. Fr.* 12, 1, 404.

de dividende, certificats de fondation, etc. ; mais il faut les distinguer soigneusement des actions de fondation ou d'apport attribuées aux associés qui fournissent des valeurs matérielles au lieu de sommes d'argent.

En l'absence de textes des divergences d'opinions se sont produites sur le caractère et la nature juridique de ces titres. On admet généralement que la part de fondateur donne droit à une quote-part des bénéfices de la société, sans faire partie de son capital, et sans permettre l'immixtion dans les affaires de la société (1). « Il n'y a qu'un point certain, dit M. Alb. Wahl (2), c'est que les parts de fondateur ne sont jamais délivrées en échange d'une somme d'argent et n'entrent pas dans le capital social, formé par la réunion des actions. » Elles sont attribuées aux fondateurs pour les rémunérer des services qu'ils ont rendus pour la création de la société, et sont constatées par des titres nominatifs ou au porteur (3).

La doctrine donne de la nature juridique de ces titres deux explications :

Pour certains auteurs (4), la part de fondateur n'est

(1) Cf. Houpin, *Tr. des sociétés*, t. I, n° 360.

(2) *Les parts de fondateur*, n° 2.

(3) Certaines de ces parts ont eu une fortune extraordinaire : témoin les parts de fondateur du Canal de Suez, dont la valeur s'est élevée jusqu'à 1.200.000 francs, et aussi les parts du Canal de Panama, qui émises à 5.000 francs furent élevées rapidement par la spéculation jusqu'à 30.000 francs, et sont, aujourd'hui, dénuées de toute valeur.

(4) A. Wahl, *loc. cit.* ; Deloison, *Tr. des soc.*, t. II, n° 325 ; Arthuys, *Rev. crit.*, 1897, p. 273.

qu'une créance contre la société. Le nom d'action, observent-ils, ne leur est donné ni dans l'usage, ni dans les statuts. Les porteurs de ces parts ne contribuent pas par des apports à la formation du capital social et n'ont, lors de la dissolution de la société, aucun droit dans le fonds social. Enfin ils ne participent pas aux assemblées générales d'actionnaires. Donc l'élément essentiel de toute société, qui est la participation à la perte et au gain (C. civ., art. 1855), fait ici défaut ; le titulaire d'une part de fondateur s'il prend part aux bénéfices ne subit pas les pertes (1).

MM. Lyon-Caen et Renault (2) ont répondu fort justement « qu'il faut, pour déterminer la nature d'un droit, le considérer en lui-même sans s'attacher au nom parfois inexact ou arbitraire qui lui est donné ». Nous préférons nous rallier à cette opinion. Le droit de prendre une part du capital social et d'assister aux assemblées générales n'est pas de l'essence de l'action ; la meilleure preuve en est que les propriétaires d'actions industrielles ou d'actions de jouissance n'ont droit qu'à une part dans les dividendes mais non à une fraction du capital social, et que les porteurs d'un petit nombre d'actions sont généralement exclus des assemblées. Ce qui caractérise réellement l'action c'est le droit de toucher des dividendes et la cessibilité du titre ; or, ces deux conditions sont remplies par le titulaire de parts de fondateur (3).

(1) Lyon, 12 novembre 1900 (*Le Droit*, 24 fév. 1901).

(2) *Op. cit.*, t. II, n° 560 *bis*.

(3) En ce sens, Thaller, *Rev. crit.*, 1881, p. 534, et 1887, p. 220, et

Nous allons bientôt voir toute l'importance qu'a la solution adoptée, en ce qui concerne la formation de l'avance-sur-titres. Nous admettrons que les parts de fondateur sont susceptibles de garantir une avance dans les mêmes formes que les actions. Au contraire, si nous adoptons la première opinion il nous faudrait chercher si la part de fondateur est une obligation ou une simple créance contre la société. Bien différentes seraient les formalités du nantissement dans l'un et l'autre cas ! Tout dépend de l'idée que l'on se fait de l'obligation. Si on désigne par ce nom un titre donnant à son porteur le droit d'obtenir paiement d'une somme périodique, sans qu'il ait la charge des dettes sociales, la part de fondateur est bien une obligation ; mais si on veut, de plus, que la somme touchée par le porteur soit invariable pendant toute la durée de son titre, elle reste une simple créance soumise aux règles du Code civil (1).

4° Rentes sur l'Etat.

Les titres de rente émis par l'Etat ne peuvent être compris dans une des catégories de valeurs que nous venons d'étudier. Si, comme l'obligation, le titre de rente est la reconnaissance d'un emprunt, fait en ce cas par l'Etat à

Tr. dr. com., n° 520 ; Chavegrin, note S. 89, 1, 417 ; Valéry, note D. 95, 2, 302. Cass. req. 16 nov. 1904 (*J. des soc.*, 1904, p. 114).

(1) Cf. Wahl, *loc. cit.*, n° 6.

un particulier, et donnant droit à celui-ci de percevoir les intérêts de la somme prêtée, il en diffère profondément par d'autres caractères.

Tandis que le propriétaire de l'obligation a un titre lui donnant toujours droit d'obtenir le remboursement de la somme représentée à une certaine époque et dans des conditions déterminées, le titulaire de la rente n'a jamais le droit d'exiger le capital versé par lui. C'est, peut-on dire, le seul cas de survivance de l'ancien mode de placer de l'argent entre particuliers, alors que le prêt à intérêt était défendu. Adopté au ^{xvi}^e siècle par l'Etat pour ses premiers emprunts il s'est conservé jusqu'à notre époque. Son succès n'a rien de très étonnant, malgré l'aliénation définitive qu'il entraîne, car les capitalistes qui prêtent de l'argent à l'Etat ne le font pas dans l'intention de se le faire rembourser mais pour se procurer un revenu assuré. Il leur est d'ailleurs toujours loisible de rentrer dans leur argent en vendant leur titre de rente à la Bourse. Ce sera même généralement pour eux une opération plus avantageuse qu'un remboursement de l'Etat. Celui-ci, en effet, quoique n'y étant jamais tenu, conserve toujours le droit de rembourser tout ou partie de ses créanciers quand il a de l'argent disponible pour se libérer d'autant ; mais alors il profitera d'un moment où la rente est cotée au-dessus du pair, pour amener les rentiers à consentir à une conversion ou réduction des intérêts, s'ils ne préfèrent perdre l'avantage que leur donne l'élévation du cours.

Il n'y a ici que la stricte application des principes du droit. Mais on est plus étonné de voir l'Etat émettre d'autres titres auxquels il donne encore le nom de rentes, bien qu'ils soient amortissables. Il ne s'agit naturellement plus d'un amortissement facultatif ; l'Etat s'engage à rembourser la totalité du capital emprunté par annuités, dans un délai qui est ordinairement de soixante-quinze ans (1).

L'adjectif amortissable jure singulièrement d'être accolé au mot rente, puisqu'il est de l'essence de ce contrat que le capital versé ne devienne jamais exigible de la part du prêteur. On ne peut donc concevoir la persistance de cette expression que comme un désir de l'Etat de ne pas déconcerter le public routinier et de conserver à ces titres la même faveur qu'aux anciennes rentes. Mais il serait plus correct de parler d'obligations amortissables.

Rentes perpétuelles ou rentes amortissables sous les formes nominative, au porteur ou mixte, tous ces titres sont acceptés par les banques en garantie d'avances. En quelles valeurs pourraient-elles avoir plus confiance ?

Cependant des doutes ont pu naître sur la valeur de l'opération, dans ce cas, du fait que les lois du 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII ont déclaré insaisissables les rentes sur l'Etat. On s'est demandé si l'affectation de ces valeurs à un gage n'était pas contraire aux dispo-

(1) C'est le mode imposé en France aux emprunts des départements et villes ; le droit d'émettre des rentes perpétuelles étant réservé à l'Etat.

sitions de ces lois, le nantissement pouvant avoir pour conséquence une exécution forcée. La nature et l'étendue de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat a été vivement controversée et a donné lieu, pour mettre fin aux abus de la pratique, à un curieux revirement de la jurisprudence qui admet, à présent, que les rentes françaises ne sont frappées que d'une insaisissabilité relative, autrement dit, qu'elles peuvent être réalisées au profit des créanciers des rentiers, chaque fois que la chose est possible sans opposition entre les mains des agents du Trésor (1).

Mais soulever cette discussion à propos du nantissement des mêmes titres est une véritable erreur. Ces difficultés ne se présentent en effet que pour les actes équivalant à une saisie, et non pas pour le gage volontairement constitué ; en les déclarant insaisissables, la loi n'a pas empêché les rentes d'être cessibles. Il est donc hors de doute qu'elles peuvent valablement garantir une avance (2) ; la loi du 17 mai 1834 l'a d'ailleurs admis en ce qui concerne la Banque de France.

(1) Cass. civ. et req. 2 juillet 1894 et 16 juillet 1894 (S. 95, 1, 5 (note de M. Lyon-Caen), D. 94, 1, 497 (note de M. Glasson), *J. Pal.*, 94, 1, 281) ; Cass. 23 novembre 1897 (S. 98, 1, 161, D. 98, 1, 39) ; 18 février 1901 (S. 1901, 1, 191, D. 1901, 1, 106).

(2) L'art. 832, C. proc. civ., en admet formellement la possibilité. En ce sens, Paris, 26 janv. 1894 (S. et *J. Pal.*, 94, 2, 93) ; Paris, 20 novembre 1895 (D. 96, 2, 444) ; Cass. req. 28 nov. 1894 (S. et *J. Pal.*, 95, 1, 405).

5° Titres refusés en garantie d'avances.

Actions, obligations, parts de fondateur, titres de rentes, voici donc les quatre grandes catégories de valeurs dont nous allons avoir maintenant à préciser les formes de la mise en garantie d'avances. Ce n'est pas à dire que seuls ces titres soient susceptibles d'être donnés en nantissement, mais ils sont seuls acceptés par les banques en raison de leur situation particulière de valeurs de Bourse, c'est-à-dire de valeurs négociables sur le marché à des conditions sûrement déterminées par le cours quotidien. Encore est-il, d'ailleurs, que tous ne le sont pas également par toutes les banques. Pour des raisons de commodité de constitution du gage, de sécurité et d'économie, certains établissements ne reçoivent que des valeurs au porteur et entièrement libérées.

Il est bien une autre classe de titres qui ont certes une valeur déterminée. Ce sont des titres de créance qui représentent une certaine valeur payable en argent ou en nature, par le débiteur. Mais ils ne font pas l'objet d'un marché spécial ouvert au public ; ils sont dans presque tous les cas difficilement négociables, et restent en fait des valeurs fixes, attachées à leur titulaire. Les banques les refusent donc avec raison en garantie d'avances ; ils ne représentent jamais une valeur cotée. Citons : parmi les titres à forme nominative, les mandats de poste, les lettres de crédit, les récépissés de souscription, de dépôts de

fonds ou de titres (1) ; parmi les titres à forme au porteur, les lettres de voitures et les récépissés, les bons de poste, les chèques (qui peuvent encore être à personne dénommée ou à ordre), les bons à lots (2), les titres notariés contenant hypothèque (il a en effet été décidé (3) que les obligations sous forme authentique, payables au porteur de la grosse du titre, sont licites, aucune disposition de loi ne les ayant prohibées) ; enfin comme titres à ordre, la lettre de change, le billet à ordre, les polices d'assurance, le billet de grosse, le connaissance (qui revêt plus souvent cette forme que celle à personne dénommée ou au porteur), surtout le warrant et son récépissé, dont la mise en gage joue un rôle considérable dans la vie commerciale, et qui, pour cette raison, fait l'objet d'une législation spéciale (loi du 28 mai 1898), comme le warrant agricole régi par la loi du 30 avril 1906.

(1) Nous verrons plus loin pour quelles raisons nous écartons ces récépissés qui paraissent cependant pouvoir être assimilés aux titres qu'ils représentent.

(2) Ce sont des obligations à lots, non productives d'intérêt et remboursables en une période de temps considérable. Il en a été fait de fréquentes émissions depuis plusieurs années, et le législateur en a, en quelque sorte, reconnu officiellement la validité, en transformant en bons à lots les obligations à lots du canal de Panama, par la loi du 15 juillet 1889. Une semblable émission ne diffère d'une loterie qu'en ce que le joueur est remboursé de sa mise, dans tous les cas.

(3) Cass., 9 nov. 1896 (S. et P. 97, 1, 161) et note de M. A. Tissier.

6° Titres de légitimation.

Enfin il est une dernière classe de titres qui ne peuvent faire l'objet d'aucun gage et que l'on pourrait être tenté de confondre avec les valeurs au porteur. Ce sont ceux que la doctrine allemande qualifie de « legitimationspapier » ou « legitimationszeichen », c'est-à-dire, titres donnant qualité par eux-mêmes. A la différence des titres au porteur qui ont un double but : « faciliter au débiteur l'acquittement de ses obligations, faciliter aux créanciers l'exercice de leurs droits, les titres de légitimation sont ceux où le débiteur a simplement voulu atteindre le premier de ces buts, sans permettre aux porteurs de rechercher le second (1) ».

La doctrine allemande comprend sous ce nom tous les titres qui ne sont pas institués dans un but de circulation, c'est-à-dire tous ceux qu'elle nomme « titres et marques de la pratique journalière » : comme bulletins de bagage, billets de chemin de fer, reconnaissances du mont-de-piété, fiches ou jetons métalliques délivrés aux ouvriers en représentation de leur salaire, bons de pain, billets de théâtre, billets de loterie, jetons de vestiaire, cartes de bains, etc... (2). Tandis que le présentant d'un titre au por-

(1) A. Wahl, *Tr. des titres au porteur*, t. I, n° 293.

(2) M. A. Wahl réduit cette énumération aux « titres qui, par leur but ou leurs termes, sont insusceptibles d'une transmission libre et opérée par le consentement ou la tradition. » (*Ibid.*, n° 296).

teur est en droit d'exiger son paiement du débiteur sans avoir à donner la justification de son droit, le présentant d'un titre de légitimation peut se voir réclamer cette justification par le débiteur, et réciproquement le créancier qui justifie de son droit peut exiger son paiement du débiteur, sans avoir à lui présenter son titre. En d'autres termes, il n'y a pas d'incorporation du droit au titre qui le constate, ce qui, nous l'avons déjà indiqué, est de l'essence du titre au porteur. Par suite, la transmission du titre de légitimation est sans effet juridique, puisqu'il est une simple preuve et que sa présentation n'est pas imposée au véritable créancier. Par suite encore, ils ne peuvent pas former la matière, nous ne disons pas d'une avance-sur-titres, mais même d'un simple gage, soumis aux règles normales, puisqu'il n'y a pas de rétention efficace sur un pareil titre.

CHAPITRE IV

FORMES DU CONTRAT

Que l'on considère l'avance-sur-titres comme un contrat spécial, innommé, ou comme la simple réunion d'un prêt et d'un gage, la question des formes constitutives de cette opération est toute dominée, à défaut d'autre réglementation, par celle des formes de ce dernier contrat, que, dans l'intérêt général, nos lois ont cru devoir définir soigneusement. Le problème se présente d'une façon singulièrement complexe du fait de l'antinomie qui règne entre le gage civil et le gage commercial.

Dans les deux hypothèses, la validité du contrat est soumise à la condition d'une mise en possession du créancier gagiste, mais les formalités à accomplir pour rendre le contrat opposable aux tiers sont bien différentes. Dans le premier cas, quand il s'agit d'une créance donnée en garantie d'une dette civile, il faut qu'un acte authentique ou sous-seing privé enregistré soit dressé et signé au débiteur de la créance engagée (art. 2075, C. civ.); l'acceptation faite par le débiteur cédé dans un acte au-

thentique équivalant, d'ailleurs, à la signification, ici comme en matière de cession de créance (art. 1690) (1). Dans le deuxième cas la loi du 23 mai 1863, insérée au Code de commerce dans les articles 91 et suivants, édicte une série de règles destinées à simplifier les formalités du gage. Son système consiste, en principe, à créer pour chaque catégorie de titres de créance un procédé spécial de nantissement imité des formes de la cession : pour les titres nominatifs, transmissibles par voie de transfert, elle institue un transfert de garantie ; pour les titres à ordre, transmissibles par endossement, elle permet de faire un endossement à titre de garantie qu'elle nomme pignoratif ; enfin pour les titres au porteur, transmissibles par simple tradition, bien que la loi soit muette on applique le même principe de parallélisme et on admet généralement que la mise en gage peut se faire par tous moyens, par application de l'art. 91, 1^{er} alin. du Code de commerce. Donc, d'une part, formalités spéciales, lentes et coûteuses ; de l'autre, rapidité et économie.

Le progrès apporté par la loi de 1863 est énorme, mais toutes les difficultés ne sont pas abolies, et son interprétation même en soulève de grosses. D'abord, en ce qui concerne les créances constatées par des titres qui ne sont ni nominatifs, ni à ordre, ni au porteur, la constitution du gage, même en matière commerciale, semble rester soumise aux règles de l'art. 2075 C. civ. De plus,

(1) Cf. en ce sens, Cass., 24 janvier 1905 (*S. et J. Pal.*, 1905, 1, 115) et la note de M. Lyon-Caen.

l'art. 91 n'étant pas impératif, éveille l'idée de l'application possible d'autres règles.

Le caractère civil ou commercial du gage, n'est lui-même pas aisé à déterminer. D'après l'art. 91 C. com., le gage est civil ou commercial suivant la nature de la dette garantie : il est commercial, si la dette elle-même est commerciale ; si l'opération est mixte, civile pour l'une des parties et commerciale pour l'autre, il faut en considérer la nature à l'égard du débiteur. Mais, dans tous les cas, la profession du prêteur est indifférente pour la détermination de ce caractère.

Voici qui va singulièrement compliquer le rôle du banquier, lorsqu'un non-commerçant se présentera à ses guichets pour solliciter une avance-sur-titres. Celui-ci, en constituant le gage, déclare que les fonds sont destinés à une opération commerciale ; il indique même expressément laquelle. Mais s'il n'est pas sincère, si, en réalité, les fonds reçoivent une autre destination, le gage sera-t-il annulé ? C'est au prêteur, dira-t-on, à prendre ses précautions ; il n'a, par exemple, qu'à se faire écrire une lettre par son client contenant la déclaration que l'affaire pour laquelle il emprunte est commerciale. Outre que ce procédé est peu en harmonie avec l'usage où, généralement, un contrat d'avance-sur-titres est conclu très rapidement, il est douteux qu'il soit suffisant ; cette déclaration ne mettrait pas le banquier à l'abri des trompeurs, qu'il lui serait impossible de démasquer, et, sous le couvert d'une si simple formalité, on pourrait toujours user

des facilités que la loi a voulu réserver aux seules transactions commerciales.

A cette grave objection, M. Vernier, rapporteur de la loi de 1863, répondait : « A mon avis, il sera nécessaire que le prêteur puisse, le cas échéant, prouver que l'affaire était commerciale, au moyen de documents sérieux, de nature à être opposés aux tiers qui critiqueront la constitution du gage. Mais si le débiteur parvient à tromper le créancier et consacre à des affaires civiles les fonds qu'il a empruntés, je crois que cette fraude, dont le prêteur ne sera pas complice, et contre laquelle il aura même pris de sages précautions, ne pourra pas vicier la constitution du gage (1). » Ce remède, à la vérité, peut être suffisant dans la généralité des cas où un gage corporel est constitué ; mais il nous semble inefficace en matière d'avance-sur-titres, pour la raison que nous venons d'indiquer. Croit-on qu'un client pressé d'avoir des fonds à la banque voudra se soumettre à l'obligation de constituer un dossier où seront réunies les preuves du caractère commercial de son opération ? et même le pourra-t-il toujours ? Il ne faut pas songer à mettre en pratique ces beaux conseils. Maintes banques ou sociétés de crédit ont résolu le problème plus simplement. Elles présentent à l'emprunteur quel qu'il soit, commerçant ou non-commerçant, et sans enquête préalable, une formule de contrat imprimée, immuable, où il est dit que « la banque

(1) *Moniteur univ.*, 5 mai 1863, p. 708. — Duvergier, *Coll. des lois*, 1863, p. 407.

consent à M. X..., pour ses besoins de commerce, une avance sur titres de Fr..... ». Ainsi, l'enregistrement, la signification sont évités... et les principes sont saufs !... aux yeux de ces banquiers, tout au moins. Cependant, allons-nous critiquer cette solution peu juridique ? Nous hésitons, avouons-le, à nous montrer trop intransigeants. Puisqu'ici la législation fait défaut qui donnerait aux procédés commerciaux toute la souplesse nécessaire, les intérêts en jeu nous semblent trop graves pour vouloir qu'ils périssent plutôt qu'un principe.

Une réforme nous paraît utile ; mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'état actuel des textes, on ne saurait faire autrement qu'admettre que le gage constitué en valeurs mobilières, quelle que soit la nature de celles-ci, entre personnes non-commerçantes ou dans un intérêt non-commercial, ne soit une convention toute civile ; lui appliquer, pour sa constatation, des règles commerciales est, on ne peut le méconnaître, une violation de la loi. En ce cas, il serait nécessaire qu'un acte public ou sous seing privé, enregistré, fût dressé et signifié au débiteur, personne morale ou physique, du titre donné en gage. Ce principe doit être maintenu jusqu'à nouvel ordre.

Une nouvelle question se pose à ce sujet. Chaque fois qu'un écrit devra être rédigé, quelle forme devra-t-il avoir ? Sera-ce un acte fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1325, C. civ.), ou un acte unique dans lequel l'emprunteur fera précéder sa signature des mots : bon pour ou approuvé, suivi de la

désignation de la somme (art. 1326, C. civ.)? La solution dépend de celle donnée au problème de la nature juridique du contrat. Pour nous, qui l'avons déclaré synallagmatique, l'acte doit, naturellement, être rédigé en autant d'originaux que de contractants. Cette conséquence nous semble une excellente justification du principe admis. Le but de l'art. 1325 est de donner une situation égale à chacune des parties ayant des intérêts réciproques dans un même contrat. Pour la sauvegarde de son droit, il faut que chacune en ait une preuve contre l'autre, et par conséquent possède un exemplaire de [l'acte sous seing privé. Or, nous n'avons plus à le démontrer, dans le contrat d'avance-sur-titres, l'emprunteur et le prêteur sont bien réciproquement obligés l'un envers l'autre. Ainsi que l'a fait excellemment remarquer M. Lyon-Caen, « il y aurait une sorte de contradiction à exiger la formalité des doubles pour la vente, le louage, etc., et à ne pas la requérir pour le prêt avec constitution de gage (1) ».

1^o Règle commune à toutes les avances-sur-titres.

Quelle que soit la nature, civile ou commerciale, de la dette garantie, il est une formalité que l'emprunteur ne saurait omettre en contractant l'avance-sur-titres, c'est la remise des valeurs engagées entre les mains du banquier.

(1) En note sous Cass. civ., 8 mars 1887 (S. 90, 1. 257). En ce sens, cf. Guillouard, *Du prêt, du dépôt, du séquestre*, n^o 72 ; Caen, 29 mars 1897 (*La Loi*, 21 avril 1897).

Pour employer les termes du tribun Gary au Corps législatif, la mise en possession du créancier « est de l'essence du contrat de gage ».

Cette nécessité formulée dans les mêmes termes par le Code civil (art. 2076) et le Code de commerce (art. 92) se justifie à deux points de vue : elle avertit les tiers qui veulent traiter ou qui ont déjà traité avec le débiteur de n'avoir plus à compter sur la valeur de ces titres dans l'évaluation de leur droit de gage général ; elle assure le remboursement du gagiste et le protège contre l'aliénation frauduleuse du débiteur. C'est en ce dernier sens qu'on peut dire que le gage est un contrat réel ; car si, conformément aux principes de notre droit, ce contrat est formé par l'accord des volontés des parties, il n'en reste pas moins vrai que son exécution est subordonnée à la mise en possession du créancier gagiste. Il est clair que sans elle l'obligation de restituer à l'échéance ne naîtrait pas à la charge de celui-ci, puisqu'il n'a rien reçu. Inversement, du fait de l'accord des contractants, il existe, dès qu'il est formé, une promesse de gage, et le débiteur serait mal fondé à se prévaloir du retard qu'il a apporté à mettre le créancier en possession, pour invoquer la nullité du contrat (1).

Nous allons étudier cette formalité en nous plaçant au premier point de vue, celui qui fait de la mise en posses-

(1) En ce sens, Dijon, 4 juin 1897 (Pand. F., 98, 2, 273) et note de M. Debrand ; Orléans, 21 déc. 1894, cassé par Cass. civ., 18 mai 1898 (S. 98, 1, 433), justement critiqué par M. Lyon-Caen en note.

sion une mesure de publicité destinée à avertir les tiers et à prévenir les fraudes que pourrait commettre le débiteur en faisant passer comme libre une chose engagée s'il en conservait la possession.

Pour que ce but soit atteint, il est clair que la dépossession du débiteur doit être réelle. C'est là une question de fait dont la solution est soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux. En l'absence d'un critérium nettement déterminé par la loi, ils se sont arrêtés à cette formule : la mise en possession doit être notoire et exclusive ; notoire en ce sens qu'elle doit apparaître aux yeux de tous par un fait matériel ; exclusive, de telle sorte qu'elle mette le débiteur dans l'impossibilité de se servir une seconde fois des mêmes choses pour se procurer un nouveau crédit. Il convient de chercher à quelles difficultés peut donner lieu l'application de ces deux principes dans les deux cas prévus par nos Codes, où le gage est constitué soit entre les mains du créancier lui-même, soit entre celles d'un tiers convenu.

a) *Créancier gagiste.*

Quand il s'agit d'engager des meubles corporels, aucune difficulté ne peut s'élever quant à la régularité de la mise en possession. Il n'y a qu'un fait matériel à constater. Mais lorsque ce sont des meubles incorporels, des créances, qui font l'objet du gage, l'incertitude commence. Les Codes civil et de commerce négligent en effet de dire

la façon dont la mise en possession devra être réalisée. Cette difficulté est généralement résolue en doctrine par l'assimilation absolue du nantissement des créances et de celui des objets mobiliers. « Dans tous les cas », disent les art. 2076 C. civ. et 92 C. com., la mise en possession est exigée. Cependant le droit n'étant pas susceptible de possession, cette formalité a pour objet le titre, représentation matérielle de la créance engagée. Mais, tandis que pour les valeurs corporelles, la seule mise en possession suffit, pour les créances la loi prévoit une forme de publicité supplémentaire (outre l'acte écrit) : signification, transfert, endos de garantie, selon la forme de la créance.

Une thèse inverse a été soutenue par M. Colmet de Santerre (1) puis par M. Thaller (2). Pour ces auteurs la condition de possession du gage par le créancier ne peut être exigée qu'autant que la chose engagée est une chose corporelle. En effet, cette possession est la détention matérielle ; or, on ne peut détenir matériellement une créance, chose immatérielle, et le titre prouvant la créance n'est pas le gage. D'ailleurs, dit M. Thaller, « la signification de l'art. 2075, le transfert ou l'endossement rendent le nantissement suffisamment public pour qu'on puisse se dispenser de tout autre fait de tradition ».

Enfin, la tendance de la jurisprudence semble être d'accorder une importance prépondérante à la mise en possession et de laisser au second plan les formalités desti-

(1) Colmet de Santerre, *C. anal. C. civ.*, t. VIII, n° 302 bis, v.

(2) Thaller, *Tr. élém. dr. com.*, n° 1091.

nées à porter le contrat de gage à la connaissance du débiteur de la créance engagée (1).

Bornons-nous à ces indications ; notre sujet nous dispense de présenter d'une façon plus détaillée ces importantes controverses. Le problème de la mise en possession dans les avances-sur-titres se pose d'une manière extrêmement simple. L'objet du gage c'est des valeurs de bourse. Nous les avons déterminées d'une façon précise et nous avons vu que si, dans leur essence, elles sont des titres de créance, elles conservent toujours cette particularité de grouper en un seul tout la créance et son instrument de preuve, de telle sorte que la possession du titre emporte un véritable droit d'exclusivité. Ceci est vrai d'une façon absolue pour les titres au porteur dont la propriété se transmet comme celle des meubles par simple tradition ; ce l'est encore pour les titres nominatifs, bien que leur transmission pour être opérante doive être accompagnée de certaines formalités.

Pour ces valeurs, il est donc évident que les deux qualités de notoriété et d'exclusivité, exigées de la possession du créancier gagiste, seront réalisées par la simple tradition du titre, puisque dans aucun cas le débiteur qui constitue le gage ne pourra se faire délivrer un nouveau titre d'action ou d'obligation.

(1) Cass., 11 mars 1879 (S. 80, 1, 53) ; 20 janv. 1886 (S. 86, 1, 305) ; 13 mars 1888 (S. 88, 1, 302) ; 19 fév. 1894 (S. 94, 1, 273).

b) *Tiers convenu.*

La mise en possession n'est pas obligatoirement constituée par une remise directe du titre au créancier gagiste ; nos Codes eux-mêmes constatent la validité de cette remise entre les mains d'un tiers. Les avantages de cette forme de nantissement en ont vulgarisé l'usage. Elle permet au créancier de se décharger des risques de la garde de la chose engagée ; elle donne au débiteur une protection absolue contre les aliénations frauduleuses que celui-ci pourrait consentir à son détriment, et de plus lui permet d'engager la même chose à la garantie de plusieurs dettes. Aussi nos législateurs se sont-ils efforcés de développer ce précieux moyen de crédit et d'en assurer le fonctionnement régulier par un ensemble de lois spéciales (1). Mais ils ont malheureusement omis d'englober les valeurs mobilières dans leur réglementation et la jurisprudence s'est vainement essayée à construire un système d'ensemble.

L'application pratique de cette facilité aux avances-sur-titres ne se conçoit guère que par l'intervention d'une banque. Des titres y ont été déposés par leur propriétaire qui désire lui en confier les soins de conservation, ou qui veut faire procéder à une des opérations dont ces titres

(1) Lois du 28 mai 1858, sur les magasins généraux, des 24 juin 1874, sur les banques coloniales, du 25 juillet 1894, sur les Monts-de-piété, du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles.

sont parfois l'objet : estampillage, conversion, renouvellement, etc... ; ou bien encore la société émettrice ne délivre qu'un duplicata temporaire en attendant le véritable titre, comme le récépissé de souscription, le certificat d'actions d'apport pendant la période où leur négociabilité est interdite, ou celui qui est délivré par les établissements publics débiteurs de leurs actions au porteur (déc. 23 juin 1879). Dans tous ces cas un récépissé, généralement nominatif, est délivré au titulaire des titres. Si celui-ci veut affecter ces valeurs à la garantie d'une dette, pourra-t-il le faire en remettant le certificat à son créancier, la banque détenant dès ce moment les titres non plus pour le compte du dépositaire ou du souscripteur primitif mais pour le compte du gagiste ?

La réponse à cette question est liée à la solution du problème suivant. Nous venons de montrer que, quelle que soit la nature, civile ou commerciale du gage, une condition primordiale était la mise en possession du créancier gagiste. Cette mise en possession est-elle possible ici ?

Certes, répond hardiment la jurisprudence, « le récépissé de dépôt équivaut à l'action ou à l'obligation elle-même. Ce n'est pas un titre distinct du titre déposé, mais un simple duplicata, il n'y a donc aucun intérêt à distinguer la remise du récépissé de la remise du titre lui-même. Le gage est valable dans l'un et l'autre cas » (1).

(1) Aix, 13 nov. 1889 (S. 90, 2, 17).

Peu importe qu'on adopte ce raisonnement ou qu'avec la Cour de cassation on exige une condition de plus à cette identification, à savoir la mention dans le récépissé du numéro des titres déposés (1). Il peut certes y avoir là un argument de plus contre la mise en gage dont une condition essentielle est de porter sur des corps certains ; mais cette identification quelque parfaite qu'on puisse la prétendre ne saurait transformer les relations juridiques du déposant et du dépositaire. La critique élevée contre cette théorie par MM. Amb. Colin (2) et Hémard (3) reste aussi vigoureuse et concluante. Ces auteurs ont fort clairement démontré le sophisme de la jurisprudence. Comme l'indique aussi M. Alb. Wahl (4), « si le récépissé n'est pas un titre de créance distinct des obligations, il n'en constitue pas moins un titre différent des obligations ». Tandis que le titre représente la créance du déposant contre la société ou l'Etat émetteur, le récépissé n'est que « l'instrument constatant l'existence d'un droit de créance appartenant au déposant, d'une obligation pesant sur la société » (5). Cette obligation est une obligation de faire, dont l'accomplissement consistera, selon les cas, à remettre

(1) Cass. 24 juin 1891 (S. 91, 1, 333, D. 99, 1, 185), cassant l'arrêt d'Aix précité ; Paris, 21 juin 1893 (D. 93, 2, 470) ; Cass., 24 fév. 1903, (*Dr. fin.*, 1903, p. 145) ; Trib. civ. Seine, 3 juil. 1906 (*Gaz. Pal.*, 21 déc. 1906).

(2) En note sous D. 99, 1, 153.

(3) Du gage com. constit. par l'interm. d'un tiers, dans *Annales de dr. commercial*, 1902, p. 101.

(4) *Tr. th. et pr. des tit. au port.*, t. I, n° 439.

(5) M. A. Colin dans la note précitée.

au déposant les coupures mêmes déposées par lui (si le récépissé mentionne les numéros des titres), ou un nombre égal de titres semblables (s'il n'y a pas une indication analogue), ou encore à lui remettre une certaine quantité de titres à créer. Dans ce dernier cas on pourrait même pousser l'argumentation plus loin et dire que les récépissés de souscription ne peuvent être engagés pour cette raison qu'ils ne constituent que des « promesses d'actions » dont la négociation est interdite.

Sur ces données, la question du nantissement des récépissés prend une orientation nouvelle. En tant que créances il semble que rien ne s'oppose à leur mise en gage, à condition d'appliquer les formalités des art. 2074 et suiv. C. civ., la mise en possession étant alors réalisée par la remise du récépissé lui-même. Mais, toute la difficulté réside ici ; à supposer remplies les formalités d'acte et de signification, cette mise en possession peut-elle véritablement être efficace ? Il nous semble que, puisque le récépissé ne représente pas les titres, la possession exclusive du gagiste ne peut être assurée. En effet, il faudrait que son porteur en l'abandonnant à son créancier fût complètement désarmé contre l'établissement dépositaire ; il faudrait, en d'autres termes, que la possession du récépissé assurât à son seul porteur la restitution des titres ; que, par conséquent, le créancier nanti pût seul en effectuer le retrait. Or, il n'en est rien ; les règles du dépôt s'y opposent, et l'art. 2079 assimile le gage à ce contrat. Le déposant reste, aux yeux de l'établissement dépositaire,

taire, le véritable créancier. La loi n'exige pas que celui-ci ait accepté expressément de jouer le rôle de tiers-convenu entre les parties (1); et si certains arrêts ont requis une acceptation tacite (2), leurs décisions ont été controversées de telle sorte qu'on peut émettre un doute sur cette nécessité (3). En tous cas, comme, en pratique, le tiers-convenu, même quand il aurait accepté ce rôle au moment de la constitution du gage, ne sait pas à quel moment le nantissement prend fin, il peut, de bonne foi, admettre la demande de restitution faite par le déposant lui-même. Sans doute, cette restitution ne devrait avoir lieu que sur présentation du récépissé constatant le dépôt; une clause imprimée l'exige généralement. Mais ce n'est pas une obligation légale : le récépissé peut toujours être annulé par une autre pièce de décharge; l'art. 1944 C. civ. n'admet en effet comme refus légitime de restituer le dépôt que l'existence d'une saisie-arrêt ou d'une opposition (4).

La mise en possession, dans ces conditions, ne nous paraît donc devoir donner aucune des garanties qui en motivent la nécessité dans la formation du gage. Aussi, nous croyons-nous autorisé à déclarer l'impossibilité de faire

(1) Paris, 7 nov. 1894 (*Gaz. Pal.*, 94, 2, 672).

(2) Paris, 26 janv. 1894 (*S.* 94, 2, 93); Besançon, 18 déc. 1895 (*S.* 96, 2, 71); Rouen, 17 mars 1896 (*Mon. jud. Lyon*, 20 août 1896).

(3) Cass. req. 28 déc. 1894 (*Gaz. Trib.*, 28 déc. 1894); en ce sens Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 85.

(4) En ce sens, *Trib. com.*, Lille, 10 août 1903 (*D.* 1904, 2, 206). Cf. aussi M. A. Wahl, en note sous *S.* 1903, 1, 337.

une avance sur des récépissés de dépôts (et nous avons dit quelles hypothèses pouvait embrasser ce terme générique).

Au cas où l'avance se réalise normalement, sur des titres ordinaires, les règles générales de la mise en possession du gage s'appliquent. Aucun délai n'est imposé par la loi au débiteur pour y procéder, mais la simple prudence dicte au banquier de l'exiger immédiatement, s'il ne veut courir les risques de l'insolvabilité de son client et ses conséquences : saisie effectuée par les autres débiteurs de celui-ci et englobant même les valeurs sur lesquelles il a négligé d'assurer son privilège, ou jugement déclaratif de faillite lui enlevant l'administration de son patrimoine. Une fois entré en possession, le banquier doit conserver les titres jusqu'au remboursement de l'avance. La perte de la possession emporte la perte du privilège, et le créancier gagiste n'a aucun droit de suite. Cela ne veut pas dire d'ailleurs qu'aucune protection ne lui soit accordée. Par suite de l'assimilation, déjà signalée, qu'on fait, au point de vue de la possession, de lui au propriétaire, il peut user d'une action réelle analogue à l'action en revendication et régie par les règles du droit commun écrites dans les art. 2279 et 2280 du C. civ. ou faire l'opposition créée par la loi du 15 juin 1872.

2° Règles spéciales suivant la nature des titres engagés.

a) *Titres nominatifs.*

Nous savons que les titres nominatifs sont ceux qui sont inscrits au nom d'une personne déterminée, sur des registres spéciaux tenus par la société et qui se transmettent au moyen d'opérations spéciales appelées transferts, constatées sur ces même registres. Ce sont des meubles incorporels (C. civ. art. 529).

A l'égard de ces titres, l'art. 91, § 3 C. com. édicte que « le gage peut également être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur les registres ».

L'imprécision de ce texte rédigé en 1863 en fait un des plus fertiles en controverses que nous ait légués le zèle parfois un peu hâtif des réformateurs de nos Codes. Nous allons être réduit, pour le comprendre et l'interpréter, à chercher quelle fut la pensée de ses rédacteurs.

Mais tout d'abord rejetons l'opinion de certains auteurs qui enseignent que le transfert ne pourrait être remplacé par aucune autre formalité (1). Sur ce point la volonté du

(1) Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, n° 1080 et s.; Laurin, *Cours élém. de dr. comm.*, n° 486 et 487. En ce sens, Trib. de Joigny, 24 oct. 1876 sous Paris, 28 nov. 1878 (S. 79, 2, 129). — M. Thaller argumente de ce que la transmission des titres nominatifs n'étant possible que par transfert, il doit en être de même de la constitution du gage. Si l'art. 91 emploie le mot également, c'est seulement pour dire qu'un autre transfert est possible, le transfert ordinaire avec contre-lettre.

législateur est certaine, les termes de l'article 91 indiquent très nettement que le transfert n'est pas le seul moyen de constituer le gage ; les parties ont non pas l'obligation mais la faculté d'y recourir, s'ils ne veulent se référer à la règle générale. En dehors de ce décisif argument de texte, il y a une nécessité pratique à cela. Autrement, il serait impossible de donner en gage des titres nominatifs d'une société qui n'admet pas le transfert de garantie. Il faudrait que le débiteur les convertit en titres au porteur et les constituât en gage sous cette dernière forme, ou bien encore qu'il fit un transfert ordinaire au profit de son créancier, accompagné d'une contre-lettre constatant que le but des parties a été de faire une simple constitution de gage, et que le bénéficiaire n'aura que les droits d'un créancier gagiste. Ce procédé, employé avant la loi du 23 mai 1863, est dangereux ; car, les contre-lettres n'étant pas opposables aux tiers, le débiteur se verrait totalement désarmé si son créancier, à qui il a transféré ses titres, les négociait frauduleusement à un tiers acheteur.

Les difficultés commencent réellement lorsqu'on cherche le principe à quoi se réfère le § 3 de l'art. 91 ; quelle est la règle dont ce paragraphe est le correctif ? Deux théories sont en présence. L'une, qui a été énergiquement défendue par M. Lyon-Caen ne donne aux parties que le choix entre le transfert et les formalités prescrites par l'art. 2075, § 1^{er} du C. civ., c'est-à-dire la rédaction d'un acte et sa signification au débiteur (1).

(1) En ce sens, Massé, *op. cit.*, t. IV, n° 2889 ; Baudry-Lacantini-Gazel

L'autre, adoptée par la jurisprudence, reconnaît la validité du gage des titres nominatifs constitué autrement que par un transfert et en admet la preuve par tous les moyens reconnus par l'art. 109 du C. com. (1).

La première de ces opinions repose sur la distinction que fait le Code civil entre les formes du gage des choses corporelles et celles du gage des valeurs incorporelles. Un simple acte enregistré est exigé par l'art. 2074 dans le premier cas; cet acte doit de plus être signifié au débiteur de la créance engagée, dans le second. L'art. 2075, dit-on, forme le droit commun du nantissement des créances. La loi du 23 mai 1863 n'a pas voulu renverser ces principes fondamentaux, mais seulement créer une analogie au point de vue des formes entre le gage commercial et la vente, celle-ci devant toujours être accompagnée de formalités pour que la transmission soit opérée à l'égard des tiers. Il est donc naturel que ce soit à l'art. 2075 du C. civ. que recourent les parties quand elles ne peuvent ou ne veulent user de la faculté qui leur est accordée par le § 3 de l'art. 91, C. com. Cette solution est d'ailleurs indiquée, *a contrario* par le § 4. Enfin, admettre que c'est à l'art. 109 C. com. que renvoie notre paragraphe c'est dire que cette disposition n'est qu'une tautologie puisque l'ampleur des termes

nerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 151; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 277; Lyon-Caen, note sous Paris, 28 nov. 1878 (S. 79, 2, 129).

(1) En ce sens, Bédarride, *Des commiss., append.*, p. 525; Buchère, *Tr. des val. mob.*, n° 455; Boistel, *Dr. commercial*, n° 492; A. Wahl, note sous Cass. 13 déc. 1899 (S. 1901, 1, 177).

de cet article comprend évidemment le transfert. L'art. 91 veut donc dire que les parties ne sont pas forcées d'observer l'art. 2075 ; elles peuvent seulement, à titre de faveur, user du transfert. Mais, en aucune façon, il ne permet d'employer pour la constitution en gage d'une créance les formes du gage corporel. Une seule exception pourrait être trouvée à ce principe, en faveur des titres au porteur. Encore ce terme d'exception est-il impropre, car cette dérogation tient à la nature du titre considéré comme l'incorporation même du droit.

Cette argumentation est très forte, il faut en convenir. C'est elle qu'il faudrait adopter, pour respecter les principes et établir un système vraiment juridique. Mais ce serait méconnaître absolument la pensée directrice des législateurs de 1863. Cette très savante analyse ne résiste pas à la lecture des travaux préparatoires de la loi. Et M. Lyon-Caen, qui se montrait le plus chaud partisan de cette théorie, a lui-même, dans une note à un arrêt récent (1), reconnu le bien-fondé de la jurisprudence. Depuis longtemps celle-ci a adopté une seconde explication de l'art. 91, § 3 (2). Pour elle, l'art. 91 du C. com. est fait pour faciliter la constitution du gage. Le § 1^{er} dispose en termes absolus que tous les modes de preuve sont admissibles

(1) Cass. civ., 14 mars 1910 (S. et J. Pal., 10, 1, 284).

(2) Angers, 14 mai 1875 (D. 78, 2, 76) ; Paris, 28 nov. 1878 (S. 79, 2, 129 ; D. 79, 2, 153 ; J. Pal., 79, 578) ; Douai, 12 mars 1891 (S. et J. Pal., 93, 2, 118 ; D. 93, 2, 140) ; Cass. req., 13 déc. 1899 (S. et J. Pal., 1901, 1, 177) ; Cass. civ., 14 mars 1910, précité.

pour établir la constitution du gage commercial ; les §§ 2 et 3 y font exception, mais les parties peuvent toujours se conformer à la règle générale. Le dernier arrêt rendu par la Cour de cassation sur la matière, le 14 mars 1910, est formel : « Si, dit-il, le § 3 de l'article 91 porte que, pour les actions, les parts d'intérêt et les obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, etc., dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut « également » être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur les dits registres, cette disposition n'est pas limitative, et ne signifie pas que le gage, en ce qui concerne les titres nominatifs ne doive être constaté qu'au moyen de cette formalité ; elle laisse intacte la règle générale posée par le § 1^{er}, qui est l'application de l'article 109 au contrat de gage commercial et n'y ajoute qu'une facilité de plus, par l'indication d'un mode de procéder pratique ».

Cette explication est en effet celle qui s'accorde le mieux avec les termes du texte. Il est quelque peu arbitraire, pour employer l'expression de M. Lyon-Caen, de considérer le mot « également » comme visant la signification dont l'article 91 ne fait mention que dans son avant-dernier alinéa relatif à la constitution en gage des créances à personnes dénommées, soumises comme telles, pour leur transmission, à l'art. 2075 du C. civ. De cet alinéa le seul argument *a contrario* qu'on puisse tirer c'est qu'il est dérogé à la règle de cet article en ce qui concerne les titres à ordre ou nominatifs. Qu'on ne s'étonne pas de cette exception ;

la loi de 1863 a été précisément faite pour accomplir cette réforme afin de faciliter le gage commercial et de le rendre plus fréquent. Plusieurs passages des travaux préparatoires sont formels en ce sens. C'est à ceux-ci qu'il faut demander d'éclaircir l'ambiguïté des termes employés par les rédacteurs de la loi. Or, à propos des titres nominatifs, visant l'habitude prise de constituer le gage par transfert ordinaire accompagné d'une contre-lettre indiquant que le transfert a lieu à titre de gage, voici ce que dit M. Cornudet dans l'exposé des motifs : « Cette opération qui, sous l'empire de la loi actuelle, n'était à l'abri de toute contestation à l'égard des tiers qu'autant que l'acte était enregistré, serait évidemment régulière, aux termes du projet de la loi, sans acte enregistré si la convention est établie par la preuve commerciale » (1). Si, après cette déclaration, un doute subsistait encore, il serait levé par les paroles du rapporteur de la commission du Corps législatif; M. Vernier, ayant constaté que le § 2 n'était peut-être pas nécessaire puisqu'il ne fait qu'une application spéciale de l'art. 109 du C. com., continue : « Le § 3 est une facilité de plus, ajoutée à celles de l'art. 109 pour constater le gage » (2).

A cette règle d'interprétation, il faut cependant faire une réserve. Elle concerne les rentes sur l'Etat. Nous avons admis avec la jurisprudence que le caractère d'insaisissabilité qui leur a été attribué par les lois du 8 nivôse

(1) S. *Lois ann.*, 1863, p. 27, IV.

(2) S. *Ibid.*, p. 29, XIII et XIV.

an VI (art. 4) et du 28 floréal an VII (art. 7) n'entraînait pas l'impossibilité pour leurs titulaires de les affecter en garantie d'avances. Mais si les arrêts ont autorisé le nantissement de ces valeurs, c'est que celui-ci résulte d'un acte spécial souscrit par le débiteur. Il n'y a donc rien de contradictoire dans ces décisions avec le principe général qui exclue les titres de rente du gage général que tout créancier a sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Ce n'est qu'à cette condition qu'une semblable convention peut être mise en harmonie avec les prescriptions de ces lois, d'après lesquelles le transfert d'une rente sur l'Etat doit être consenti par celui qui en est propriétaire. Ainsi, en effet, le créancier se trouve investi par un acte de volonté de son débiteur du droit de faire procéder à la vente s'il n'est pas payé.

La validité du gage est alors subordonnée à un transfert constaté au Grand Livre de la Dette publique.

Mais en dehors de cette exception admise pour sauvegarder des principes particuliers, l'avance constituée sur des titres nominatifs en matière commerciale peut être constituée de toute autre façon que par un transfert ; une simple tradition est suffisante.

b) *Titres à Ordre*

Les titres d'actions ou d'obligations qu'on a l'habitude de trouver dans la circulation sous la forme au porteur ou nominative, pourraient aussi bien être à ordre. Ils

seraient alors transmissibles par voie d'endossement (art. 91, § 2 C. com.), formalité plus simple que le transfert et plus sûre que la tradition, puisqu'un faux est alors nécessaire pour s'approprier indûment le titre. A vrai dire, aucun texte n'autorise expressément cette forme pour les titres. Mais la Cour de cassation l'admet depuis longtemps (1). Elle se justifie aisément si l'on admet que la règle posée par l'art. 1690 du C. civ., à savoir que le transfert d'une créance n'est parfaite que par la signification à son débiteur, n'est pas limitative (2). Cette faculté d'émettre des titres à ordre pourrait d'ailleurs être utilisée avec grand profit par les sociétés désireuses de s'affranchir de formalités compliquées et coûteuses et soucieuses en même temps des intérêts des souscripteurs. Mais elle semble absolument ignorée.

La Cour de cassation, dans un arrêt qui contient l'exposé très net de sa doctrine à l'égard du gage commercial (3) a admis qu'en édictant la possibilité pour le gage d'être établi sur des valeurs négociables par un endossement régulier, l'art. 91 du § 2 C. com. n'exclut pas la preuve par un autre acte conformément à l'art. 109, dans le cas où il n'y a pas d'endossement régulier.

La Cour suprême n'aurait pu juger différemment, sans

(1) Cass., 8 mai 1878 (S. 78, 1, 292 ; D. 78, 1, 241) ; 4 déc. 1878 (S. 79, 1, 103) ; 7 mai 1879 (S. 79, 1, 421) ; 12 mars 1879 (S. 80, 1, 113 ; D. 80, 1, 118 ; J. Pal., 80, 251).

(2) Cf. Beudant en note sous D. 78, 1, 241.

(3) Cass. req., 12 mars 1879 (S. 80, 1, 113 ; J. Pal., 80, 251 ; D. 80, 1, 118).

entrer en contradiction avec le principe par elle posé à propos des titres nominatifs. Nous rencontrons donc ici les mêmes difficultés que précédemment. Même libéralisme de la jurisprudence, mêmes critiques basées sur une sévère analyse des textes, partant mêmes controverses (1). Bornons-nous à les noter. Les arguments seraient les mêmes pour démontrer qu'en dehors d'un endossement pignoratif, le gage des titres à ordre peut être prouvé par tous les moyens admis par l'art. 109 du C. com. (2). De plus amples développements ne seraient que des redites d'autant plus inutiles que les avances-sur-titres à ordre sont plus rares.

Nous n'avons pas en effet à étudier ici le warrant, ce titre dont l'endossement vaut constitution en gage des marchandises déposées dans un magasin général. Il ne peut être question pour lui d'avance-sur-titres, pas plus que pour les effets de commerce dont on transfère la propriété pour se procurer de l'argent (escompte), et dont, par suite, on conçoit mal, pratiquement, la mise en gage, pas plus enfin que pour ces autres titres à ordre nommés polices d'assurances qui, si leur nantissement est plus employé, sortent complètement du cadre des valeurs de Bourse.

(1) Cf. note de M. Lyon-Caen, sous l'arrêt précité au S. et J. Pal.

(2) Notons cependant que M. A. Wahl (note dans S. 1901, 1, 177, précitée), fait argument du § 2 de l'art. 91, C. com., et des travaux préparatoires pour décider que l'endossement de garantie serait valable, encore qu'irrégulier en la forme.

c) *Titres au porteur.*

Les titres au porteur sont « ceux qui ne contiennent pas le nom d'un créancier déterminé, qui se transmettent par la simple tradition, et dont le porteur est présumé propriétaire régulier » (1). Ces titres ont ceci de très remarquable qu'à l'égard des porteurs ils ne sont pas, comme la plupart des autres titres, la simple preuve du droit, mais qu'ils incorporent l'obligation, en ce sens, selon l'expression de M. A. Wahl, « que la propriété et la créance sont unies, et que, comme conséquence, le propriétaire du titre étant créancier, la créance doit être considérée comme confondue avec le titre (2) ». Ce titre, c'est-à-dire l'écrit qui constate le droit, est meuble par sa nature et est astreint à toutes les règles de droit qui régissent les meubles ; mais le droit ne se distingue pas d'un droit de créance ordinaire, c'est un droit incorporel, c'est-à-dire un meuble par la détermination de la loi.

En raison de ce double caractère, les difficultés se sont élevées nombreuses pour la réglementation des formes de la mise en gage de cette catégorie de valeurs. Elles ont été aggravées par l'absence de textes, et persistent encore dans la mesure des lacunes de la loi de 1863. Ici encore nous retrouvons la regrettable opposition des règles du droit civil avec celles du droit commercial.

(1) Cf. Deloison, *Tr. des val. mob.*, n° 24.

(2) *Tr. th. et pr. des titres au porteur*, t. I, n° 273.

En raison du silence de nos Codes, jusqu'en 1860 environ, la jurisprudence et la doctrine ont été divisées sur la détermination des conditions nécessaires à la validité, à l'égard des tiers, du gage des titres au porteur. Il avait semblé possible de les assimiler aux effets de commerce, puisqu'étant comme eux transmissibles par simple tradition même sans endossement, et d'invoquer l'exception écrite dans l'art. 2084 du C. civ. pour soustraire dans ce cas le contrat de nantissement aux formes rigoureuses du droit civil. Mais à cette prétention un grand nombre d'auteurs répondit en soutenant que les principes du droit civil, servant de base au droit commun, étaient applicables toutes les fois qu'il n'y avait pas été dérogé par des dispositions spéciales. Or, le Code de commerce n'ayant pas prévu les formes à suivre pour assurer le privilège du créancier gagiste, le gage qui avait pour objet des effets de commerce ou d'autres valeurs mobilières, ne pouvait constituer un privilège que s'il avait été établi conformément aux art. 2074 et suiv. du C. civ. (1), même en matière commerciale.

Adoptant ce raisonnement, la Cour de cassation décidait, en 1847 (2), que les titres au porteur ne pouvaient être donnés en nantissement sans qu'un acte notarié ou sous seings privés enregistré ne constatât la somme due et la nature du titre engagé.

(1) Pardessus, *Dr. com.*, n° 1203 ; Devilleneuve et Massé, *Dict. du content. com.*, v° nantissement, n° 32 ; Dalloz, *Rép.*, v° nantissement, n° 114.

(2) Cass., 11 août 1847 (S. 47, 1, 644).

Cette opinion se heurta à l'autorité considérable de M. Troplong (1). Celui-ci enseignait que l'art. 109 du C. com. est la règle générale qui doit être appliquée au gage commercial comme aux autres contrats commerciaux, et non pas l'art. 2074 du C. civ. Donc, concluait le savant jurisconsulte, la remise à titre de nantissement de valeurs au porteur constitue un privilège au profit du créancier gagiste, sans qu'il soit nécessaire de remplir les formalités du Code civil. Il parvint à faire accepter sa doctrine par la Cour suprême qui en fit l'application dans un arrêt du 18 juillet 1848 (2) rendu sur son rapport. Mais la jurisprudence n'était pas encore fixée. Si elle affirme le même principe le 23 janvier 1860 (3), cela ne l'empêche pas de le nier quelques mois après (4) et d'en proclamer un nouveau, auquel cette fois elle restera fidèle, à savoir : que la législation commerciale étant muette sur la constitution du gage en valeurs au porteur, le nantissement ne pouvait exister sur ces valeurs et assurer un privilège au profit du créancier gagiste que par l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 2074 et 2075 du C. civ.

Cette doctrine absolue qui n'admettait aucune distinction entre le gage civil et le gage commercial fut un argument de plus pour les partisans de la réforme du Code de

(1) *Du nantis.*, n° 115 et suiv.

(2) S. 48, 1, 615.

(3) S. 60, 1, 543.

(4) Cass., 19 juin 1860 (S. 60, 1, 689 ; D. 60, 1, 249) ; 30 nov. 1864 (S. 64, 1, 503) ; 13 janv. 1868 (S. 68, 1, 131).

commerce en cette matière. La loi du 23 mars 1863, malgré ses lacunes, réalisa un véritable progrès, en faisant disparaître dans une certaine mesure les difficultés d'interprétation. Les grandes lignes du système sont tracées. Son essence est la distinction du gage consenti en matière civile et en matière commerciale. Sur cette base solide la Cour de cassation va enfin pouvoir élaborer une théorie définitive (1). En matière purement civile, elle décide dans de nombreux arrêts que les titres au porteur ne peuvent être donnés en gage par simple tradition, mais qu'il est nécessaire que celle-ci soit accompagnée d'un acte public ou sous seings privés, enregistré, et d'une signification de cet acte au débiteur de la valeur représentée par le titre.

Le principe est enfin fixé. C'est en vain qu'on chercherait à en introduire un nouveau. Témoin celui qu'avaient émis certaines Cours d'appel (2). Ces décisions admettaient bien que la mise en gage des titres au porteur devait être reconnue par un acte écrit, mais considérant ces valeurs comme de simples meubles corporels elles décidaient que la notification prescrite par les art. 1690 et 2075 du C. civ. n'était pas nécessaire. Ce système se base sur une distinc-

(1) Cf. Cass., 27 nov. 1865 (S. 66, 1, 60); 5 juin 1872 (S. 72, 1, 157); 28 mars 1888 (S. 88, 1, 265); Tr. civ. Nice, 31 janv. 1912, (Dr. fin., 1912, p. 631). En ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 432, P. Pont, *op. cit.*, t. II, n° 1118, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 64.

(2) Cf. Dijon, 18 déc. 1855 (S. 56, 2, 353); Alger, 9 juin 1862 (S. 62, 2, 385), cassé par Cass. 30 nov. 1864, précité; Lyon, 6 juillet 1889 (S. 92, 2, 37). En ce sens A. Wahl, *op. cit.*, t. II, n° 1141.

tion vraiment difficile à admettre. Il faudrait déclarer applicables aux valeurs au porteur données en nantissement, les prescriptions de l'art. 2074 du C. civ. tout en n'exigeant pas la signification de l'art. 2075. Pour appuyer cette thèse les arrêts décident que les actions données en nantissement ne représentent pas une créance, mais une part sociale, que dès lors il n'y a pas de véritable débiteur ; l'arrêt de la Cour d'Alger ajoute même que la signification est inutile, puisque la propriété de ces valeurs peut se transmettre par la simple tradition. Étonnante prétention de distinguer là où la loi a uniformément prescrit. Les art. 2074 et 2075 du C. civ. forment une réglementation unique destinée, grâce à l'accomplissement de certaines formes, à donner un privilège au créancier tout en assurant sa sécurité et celle du débiteur de la créance engagée. Qu'on n'aille pas dire, comme l'admettait un arrêt de la Cour de Caen du 13 avril 1902 (1), que la part d'intérêt (ou l'action) dans une société n'est ni un droit de propriété, ni un droit de créance, mais un droit *sui generis* s'analysant en l'éventualité d'un droit à une part des bénéfices, et à une part du fonds social, à la dissolution de la société. La Cour raisonnait ainsi : les associés n'ont pas de droit de propriété ; la société, personne morale, est seule propriétaire du fonds social ; ils ne peuvent pas non plus être considérés comme des créanciers puisqu'ils sont eux-mêmes garants des dettes sociales et ne peuvent,

(1) Cassé par Cass. civ., 27 déc. 1904 (D. 1906, 1, 145 ; S. 1906, 1, 393).

comme les autres créanciers, la faire mettre en faillite. Mais, comme l'ont fait observer fort exactement MM. Lyon-Caen et Renault (1), tout droit pécuniaire est nécessairement un droit réel ou un droit de créance. S'il est vrai que les associés sont garants des dettes sociales et ne peuvent provoquer la faillite, cela prouve seulement qu'ils ont une créance soumise à des règles particulières. Et ne voit-on pas la fausseté d'un même raisonnement et d'une semblable distinction en ce qui concerne les obligations industrielles ou émises par des Etats et des Villes, ou les rentes sur l'Etat ayant la forme au porteur ? Toutes ces valeurs, au surplus, sont, aux termes de l'art. 529 du C. civ., des meubles incorporels. Les débiteurs sont : la société représentée par le gérant, le Trésor public, etc. Il n'existe donc aucune raison pour admettre un démembrement dans l'application du droit commun, si l'on reconnaît en principe que les règles en sont applicables au nantissement de ces valeurs.

Pour nous résumer, il nous paraît essentiel que, pour garantir une dette civile par un nantissement de titres au porteur, on se plie aux exigences des art. 2074 et 2075 du C. civ. (2). Certes, nous nous trouverons peut-être en présence de grosses difficultés pratiques, dont la première sera d'exiger des sociétés la tenue de registres de significations, mais nous sommes obligés de nous en tenir à une stricte interprétation de la loi.

(1) *Op. cit.*, t. II, n° 143.

(2) En ce sens, P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1119.

Il n'en va plus de même en ce qui concerne le gage constitué en garantie d'une dette commerciale, depuis la loi de 1863. Celle-ci, nous l'avons déjà constaté, a eu pour but de simplifier les formalités à accomplir pour mettre le gage plus à la portée des commerçants, et par là le rendre plus fréquent.

Mais, tandis que l'art. 91 nouveau contient des dispositions spéciales pour le nantissement des titres à ordre et nominatifs, il est absolument muet pour les titres au porteur. Néanmoins aucune controverse ne s'élève plus sur la façon de les donner en gage. Il est en effet généralement admis que le parallélisme des formes de la transmission des créances mobilières et de leur nantissement établi par l'art. 91 s'étend aux titres au porteur. Puisque la cession de ces valeurs s'effectue par simple tradition, il est normal que sa mise en gage puisse être prouvée par tous les moyens autorisés par l'art. 109, C. com. Ce silence de la loi est d'ailleurs voulu. Les termes de l'exposé des motifs ne peuvent laisser subsister aucun doute à cet égard : « Le gage peut être constitué en titres au porteur, tels qu'effets publics, actions et obligations ; ces sortes de valeurs sont devenues aujourd'hui, dans la pratique des affaires, l'objet le plus habituel des nantissements. Aucune disposition spéciale n'était nécessaire pour faire cesser toutes les controverses qui se sont élevées au sujet du nantissement des valeurs ayant la forme au porteur, puisqu'il est déclaré par le projet, d'une manière générale et par conséquent applicable à tous les objets mobiliers quelconques, que le gage

constitué par un commerçant s'établit à l'égard des tiers conformément aux dispositions de l'art. 109. La propriété des titres au porteur est transmissible sans endossement, sans notification au débiteur s'il s'agit d'obligations, et par la seule tradition, absolument comme la propriété d'un lingot, d'un bijou, d'un meuble. Le § 1^{er} suffit donc à leur égard et tranche toute controverse. Le gage constitué par un commerçant sur des titres au porteur s'établira, à l'égard des tiers, comme le gage constitué sur une marchandise quelconque, sur un meuble, sur un lingot, ou sur un bijou, conformément aux dispositions de l'art. 109 (1). »

3^e Critique de ce régime.

En essayant de déterminer, dans les paragraphes précédents, les formalités à accomplir pour la constitution régulière de l'avance-sur-titres, nous avons respecté l'opinion la plus répandue, qui subdivise cette opération en un prêt et un gage. Nous avons admis le principe que le gage est civil ou commercial suivant la nature de la dette qu'il doit garantir. Nous avons analysé les difficultés qui naissent de son application, et nous avons abouti à la constatation suivante : La loi du 23 mai 1863 a facilité la constitution du gage en permettant aux parties d'user des modes de preuve très larges admis par le Code de com-

(1) *S. Lois annotées*, 63, p. 26, § III. Duvergier, *Coll. des lois*, 1863, p. 402.

merce, tout en leur indiquant des procédés particuliers en ce qui concerne les titres à ordre et nominatifs.

Mais il faut avoir soin de délimiter cette réforme très libérale. Les législateurs de 1863 ont eu la ferme intention d'en réserver le bénéfice au gage commercial. Cette volonté se manifeste dans les débats qui ont précédé le vote de la loi. Un député, M. Guillaumin, avait demandé que ses faveurs fussent étendues à l'industrie agricole; M. Cornudet lui répondit que pareille réforme ne pouvait être insérée dans la loi, puisqu'elle avait pour seul but de « refaire et réformer une page du Code de commerce » (1). Nous allons voir que pour la même raison le Sénat refusa d'y comprendre les valeurs mobilières.

Dans l'état de notre législation il est donc toujours nécessaire de chercher dans quelle intention l'avance-sur-titres est contractée. Pour que celle-ci soit opposable aux tiers, il faut non seulement qu'un acte soit rédigé mais de plus qu'il soit enregistré et signifié au débiteur de la valeur mobilière engagée, chaque fois que la dette garantie est civile, ce qui est presque toujours le cas pour les individus non-commerçants, qu'il s'agisse de titres nominatifs, à ordre ou au porteur. La pure doctrine exige la stricte application de ces règles. Par contre, la pratique des affaires ne peut se plier à leurs complications, qui sont cause d'une grave perte de temps et de frais excessifs. Ces deux arguments sont trop sérieusement fondés pour ne pas faire orienter les réformes vers la satisfaction de ces

(1) *Monit. univ.*, 5 mai 1863, p. 707.

intérêts. Qu'on imagine la situation d'un débiteur pressé par les circonstances de désintéresser un créancier; il préfère engager ses valeurs dans une banque pour se faire ouvrir le crédit nécessaire à l'extinction de sa dette, plutôt que de les aliéner définitivement. Mais va-t-il consentir à payer les frais d'enregistrement d'un acte d'avance, va-t-il même pouvoir entreprendre la procédure de la signification? A l'annonce des délais nécessaires et des difficultés à soulever, en présence surtout des dépenses à assumer, il reculera sûrement. Il deviendra alors plus avantageux pour lui de vendre ses titres que de payer les frais d'exploit, la taxe d'enregistrement, le taux d'intérêt et la commission.

Qu'on évalue, en effet, le total de ces droits! Le taux normal de l'intérêt des avances-sur-titres de 3 à 4 0/0, est aggravé de la commission de 2 0/0 environ; enfin le fisc vient encore alourdir cette charge par l'application du tarif proportionnel de 1 0/0, plus le double décime et demi, ce qui est le droit normal en matière d'obligation (1). Il faut de plus remarquer qu'aucune raison n'empêche que ces droits ne soient perçus à chaque renouvellement si le banquier ne veut pas continuer le contrat sur les bases de l'acte primitif qu'il faudrait, au cas contraire, supposer muni d'une clause de tacite reconduction. Rien d'étonnant donc si cette coûteuse formalité de l'enregistrement reste lettre morte en pratique, même

(1) L. 11 frim., an VII, art. 67, § 3.

lorsque les contractants ont rempli les formalités d'un acte écrit.

Un remède est donc nécessaire ! Mais comment sauvegarder les intérêts de la pratique en respectant l'intégrité des principes ? Est-il possible de concilier les nécessités des affaires avec la rigueur des règles du droit ?

Le problème a inquiété M. Thaller. Dans une remarquable étude critique de l'avance-sur-titres, il a exposé ses idées à cet égard (1). L'éminent professeur a cherché le remède près du mal et a cru trouver dans notre législation fiscale la solution que nous cherchons. Il rappelle qu'une loi du 8 septembre 1830 abaisse au droit fixe de 2 francs (2) l'enregistrement des « actes de prêts sur dépôts et consignations de marchandises, fonds publics français et actions des compagnies d'industrie et de finances, dans le cas de l'art. 95 du C. com. » Quel obstacle de droit ou de fait peut empêcher l'application de ce texte à l'avance-sur-titres ? L'art. 95 ancien, aujourd'hui réformé par la loi de 1863, visait le privilège accordé au commissionnaire pour les avances consenties par lui sur dépôts ou consignations de marchandises effectués par un individu de profession quelconque résidant dans le même lieu. Aux termes de cet article, ce commissionnaire se trouvait tenu, pour acquérir ce privilège, de remplir les formalités de l'art. 2074 du C. civ., c'est-à-dire qu'il était obligé

(1) Dans *Annales de dr. commercial*, 1901, p. 65.

(2) Porté à 3 fr. 75 par la loi du 28 février 1872, art. 4.

de rédiger un acte et de l'enregistrer. Il est logiquement possible d'admettre que « le banquier, à raison de la multiplicité d'ordres d'achat de valeurs dont il se charge, agit professionnellement dans le cercle de la « commission », là même où une opération d'avance-sur-titres de sa part ne serait pas régie par le droit de la commission lui-même ». Il est donc désirable, conclut M. Thaller, qu'on fasse bénéficier tous les prêts sur gage, lorsque ce sont les banquiers qui les procurent, du droit fixe d'enregistrement au lieu du droit proportionnel (1).

Voici un très heureux palliatif à notre situation difficile. Grâce à cette extension, l'enregistrement va être possible sans grands sacrifices pour les intéressés qui n'auront plus de raisons de se soustraire à la légalité. Mais ce remède est-il suffisant ? et d'abord est-il appliqué ?

Nous sommes malheureusement obligés de constater qu'il n'en est rien. La jurisprudence, très libérale cependant sur ce point, n'a jamais osé étendre la réforme de 1830 au gage civil. Elle s'est autorisée des termes vagues de la loi pour faire profiter les avances de banque de la dispense du droit proportionnel, mais à la condition que le prêt soit fait

(1) Cette réforme est d'autant plus légitimement proposée, qu'elle naguère été appliquée au profit des comptoirs d'escompte et des comptoirs de garantie (aujourd'hui disparus) par le décret du 24 mars 1848 (art. 10) établissant un droit fixe de 2 fr. 20 ; et au profit des prêteurs sur dépôts dans les magasins généraux par la loi du 23 août 1843 (art. 1) et le décret du 21 mars 1848 (art. 3), qui établissent un droit fixe de 1 franc (porté à 1 fr. 50 par la loi 28 fév. 1872, art. 4).

au profit de commerçants (1). Elle a bien consenti à étendre l'application de la loi à tous les prêts faits à des commerçants sans s'occuper de leur résidence (2). Implicitement elle a reconnu au banquier la qualité de commissionnaire. Elle a étendu l'énumération de la loi à un grand nombre d'autres valeurs (3). Mais elle est toujours restée fidèlement attachée au principe que la dispense ne doit s'appliquer qu'aux prêts consentis à des commerçants (4), ou, par tolérance, aux non-commerçants pourvu que la matière soit commerciale (5). C'est qu'en effet, la loi de 1830 n'a eu pour but que de venir en aide au commerce en pleine crise, au lendemain de la révolution de juillet, en lui facilitant des prêts sur consignation (6). Et ses commentateurs sont presque unanimes à décider que, sitôt que les avances sont destinées à un but civil, le droit proportionnel redevient applicable (7).

(1) Cass., 5 déc. 1837 (S. 38, 1, 63).

(2) Cass., 26 mai 1845 (S. 45, 1, 538).

(3) Cass., 29 nov. 1848 (D. 49, 1, 257); 14 avril 1875 (S. 75, 1, 429). Trib. Seine, 8 juil. 1851 (S. E. 15 287).

(4) Cass., 17 nov. 1834 (S. 34, 1, 815); 5 déc. 1837 (S. 38, 1, 63; R. G. E. 13109).

(5) Trib. Seine, 22 juin 1861 (R. P. E. 1514); 6 juin 1862 (R. G. E. 13109; R. P. E. 1777).

(6) Cf. le rapport de M. Milleret. « Le but de cette loi est de venir au secours des manufacturiers et commerçants... » (*Monit. univ.*, 25 août 1830, p. 962, 2^e col.; Duvergier, *Coll. des lois*, 1830, p. 232, n^o 1).

(7) Cf. Garnier, *Rép. de l'enreg.*, v^o. prêt sur dépôt, n^{os} 8, 9 et 10; G. Demante, *Pr. de l'enreg.*, t. II, n^o 525; Naquet, *Tr. des dr. d'enreg.*, t. II, n^o 459; A. Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, t. I, n^o 441.

Ce mouvement est trop solidement établi pour laisser espérer un plus grand libéralisme. La jurisprudence semble définitivement fixée à ce principe : la loi de 1830 régit seulement les intérêts commerciaux et laisse en dehors de sa réglementation le gage civil.

Nous voici donc encore une fois arrêté par cette fâcheuse distinction du gage civil et du gage commercial ! Puisque tout dans cette étude tend à nous démontrer la nécessité d'appliquer à la constitution de l'avance-sur-titres les règles du droit commercial, pourquoi ne pas remonter courageusement à la source des difficultés et ne pas chercher s'il est possible d'établir pour elle une législation unique où il ne serait plus besoin de chercher quel est le caractère de la dette garantie ?

L'Allemagne a réalisé ce progrès. Dans son nouveau Code civil, elle a décidé que la constitution du gage civil et du gage commercial n'obéiraient plus qu'à un même régime. Il serait peut-être prématuré, et sûrement imprudent de préconiser cette réforme grosse de conséquences que nous ne pouvons étudier ici. Mais nous croyons utile de prôner un correctif plus modeste, entré lui aussi dans la législation allemande au Code de commerce de 1897 (art. 345) (1), comme il avait été inséré en 1883 dans celui de l'Italie (art. 54). Il consisterait à décider que par le fait

(1) « Lorsqu'une opération revêt, pour l'une des deux parties, le caractère commercial, les dispositions légales sur les actes de commerce s'appliqueront aux deux parties à moins que la loi même n'en ordonne autrement », trad. Paul Carpentier, Paris, 1901.

même que l'avance est consentie par un banquier, quels que soient le but visé par l'emprunteur et sa qualité, l'acte est réputé commercial et par suite bénéficie des formes de faveur du droit du commerce. Cette conception est tellement nécessaire à la bonne marche des affaires que l'Etat, soucieux de la prospérité des établissements soumis à son contrôle, leur en a depuis longtemps accordé le bénéfice. En vertu d'une ordonnance du 15 juin 1834 (art. 4), la Banque de France peut effectuer ses avances-sur-titres sans observer les formalités du Code civil, en faisant souscrire à l'emprunteur un simple engagement sous seings privés, non enregistré, dont copie reste entre ses mains. De même, la loi du 19 juin 1857, qui a autorisé le Crédit Foncier à consentir des prêts sur ses propres obligations, lui a étendu ces facilités (art. 1 et 2).

Cette réforme serait-elle en contradiction avec les principes fondamentaux de notre droit ? Nous ne le croyons pas. La détermination de la commercialité d'un acte est faite par la loi. Déjà d'ailleurs l'art. 632, § 4 du C. com., répute acte de commerce toute opération de banque. C'est vrai, objectent les commentateurs, mais seulement pour un des contractants, pour le banquier ; nous nous trouvons en présence d'un acte de commerce mixte. Nous répondrons que sur d'autres points le législateur a tenu à supprimer les inconvénients de cette théorie et a, par exemple, déclaré que la lettre de change était un acte de commerce pour tous les signataires, commerçants ou non, que leur but soit une opération commerciale ou ci-

vile, et qu'il n'est donc pas illogique de réclamer une semblable réforme pour les avances-sur-titres. En 1863, la commission du Corps législatif aurait voulu que la loi nouvelle s'appliquât au cas où le gage est constitué en fonds publics français ou en valeurs de compagnies d'industrie ou de commerce. Le Conseil d'Etat fit écarter cet amendement parce qu'il faisait, dit-il, sortir le projet de loi du Code de commerce qui était seul à modifier, pour le faire toucher au Code civil. Si cet argument a pu porter sur l'esprit des législateurs de 1863 préoccupés de faire avant tout œuvre de correction et soucieux de ne point s'égarer hors des limites du droit applicable aux commerçants, il n'est pas de nature à nous arrêter maintenant que nous trouvons si fondées les protestations de la pratique. Au reste, nous avouons mal le comprendre ; ne devrait-on pas, pour être logique, l'opposer de même chaque fois qu'il s'agit d'accorder les bénéfices de la loi commerciale à un non-commerçant qui accomplit des actes catégorisés par la loi : acte de commerce ? L'entre pénétration du droit civil et du droit commercial est trop un fait accompli pour qu'on puisse le nier. La réforme dont la possibilité avait été entrevue en 1863 est devenue trop nécessaire pour qu'on puisse la repousser aussi légèrement par des arguments de cette espèce. Rejetons résolument l'analyse qu'on a coutume de faire de notre opération et qui conduit aux difficultés que nous avons constatées.

Disons que l'avance-sur-titres est une opération de

banque *sui generis*, indivisible, commerciale en soi-même et pour tous les contractants et, par conséquent, point qui nous intéresse surtout en ce moment, valablement constituée sans écrit et à plus forte raison sans notification.

DEUXIÈME PARTIE

Réalisation de l'Avance-sur-Titres.

CHAPITRE PREMIER

SITUATION JURIDIQUE DES PARTIES AVANT L'ÉCHÉANCE DE L'AVANCE-SUR-TITRES

I. — Emprunteur.

1^o Obligations.

a) *Maintien en possession du créancier gagiste.*

L'individu qui a reçu une avance-sur-titres a remis au banquier qui la lui a consentie un certain nombre de valeurs suffisantes à couvrir sa dette. Or, qui dit mise en possession, dit nécessairement maintien en possession durant toute la durée de l'opération. C'est cette idée qui commande la détermination des obligations à la charge de l'emprunteur pendant ce laps de temps. Obligations purement négati-

tives d'ailleurs : Il doit s'abstenir de tout acte capable de modifier la situation de son créancier.

Ceci suppose donc que la possession qu'il a procurée au banquier n'est pas viciée dans sa naissance, qu'aucun élément de trouble ne s'est infiltré dans la constitution du gage. Aussi, au cas où cet emprunteur aurait fourni des titres ne lui appartenant pas, le banquier, à la révélation de l'inefficacité de la garantie sur la foi de laquelle il avait consenti à contracter, aurait le droit d'exiger un nouveau nantissement ou son remboursement immédiat. Il pourrait à bon droit se prévaloir de la déchéance du bénéfice du terme : son emprunteur ne lui a pas fourni les sûretés qu'il lui a promises par le contrat (art. 1188 C. civ.). Il ne peut être forcé d'opposer au revendiquant la règle de l'art. 2279, bien que strictement il en ait le droit.

Mais il faut limiter cette conséquence de l'obligation du maintien en possession. On ne saurait l'étendre au cas où la sûreté diminue de valeur sans qu'il y ait faute du débiteur. Ceci peut se produire constamment pour les titres qui garantissent une avance, en raison de l'instabilité des cours de la Bourse. Mais c'est un risque inhérent à leur nature, que le banquier a évidemment connu et qu'il a pu évaluer grâce à son expérience professionnelle. Il ne pourrait donc invoquer aucune obligation à la charge de son client pour lui réclamer un surcroît de garantie, ni, à plus forte raison, son paiement immédiat, si ces titres subissaient une baisse, quelque importante qu'elle fût.

D'ailleurs, en pratique, il s'assure contre ce risque en se faisant remettre une liasse de titres dont le capital est supérieur à la somme qu'il prête. Il existe généralement à son profit une marge variant de 15 à 25 0/0. Cela n'empêche pas certains établissements d'insérer dans leurs contrats des clauses évidemment licites destinés à les couvrir de la baisse quand elle atteint un certain taux (1). Cette couverture obligatoire peut consister en un remboursement partiel de l'avance ou en une mise en nantissement de nouveaux titres dans la proportion nécessaire pour former le complément de garantie réclamée.

b) *Libération des titres.*

L'emprunteur ne pourrait invoquer une exception analogue pour refuser de faire les versements appelés par une société sur ses actions non entièrement libérées. Il ne peut évidemment pas arguer qu'il a livré à son bailleur de fonds les titres tels quels, et qu'il s'est débarrassé sur lui des risques du versement. Le cas est bien différent.

Le souscripteur a pris l'engagement vis-à-vis de la société de lui verser une certaine somme à des termes échelonnés et fixés par celle-ci d'avance ou au fur et à mesure de ses besoins. Il ne peut par la suite se décharger de cette obligation. C'est le motif qui fait décider que le propriétaire primitif et tous les acquéreurs successifs sont tenus

(1) 10 0/0 pour la Banque de France, l'ord. 15 juin 1834, art. 4. De même au Crédit-Lyonnais (§ 3 des contrats d'avances sur-titres), au Comptoir national d'escompte, etc.

aux versements. A plus forte raison doit-il en être ainsi quand les titres n'ont quitté les mains du propriétaire que pour passer en celle d'un gagiste.

L'emprunteur est toujours obligé de libérer les titres qu'il a engagés, mais, bien plus, il ne peut refuser de faire les versements sans porter atteinte aux droits de son créancier. Que se passera-t-il en effet ?

En premier lieu la société s'armant de l'art. 1846, C. civ., pourra réclamer à cet actionnaire qui a laissé passer le terme fixé sans se libérer, des intérêts moratoires et éventuellement des dommages-intérêts. En outre, il est presque toujours stipulé dans les statuts des sociétés anonymes qu'à défaut de versement dans un certain délai la société aura le droit de faire vendre les actions non libérées pour en appliquer le prix au paiement des sommes encore dues. Les titres primitifs seront alors annulés et remplacés par des titres nouveaux délivrés à l'acheteur. D'ailleurs, même en dehors de toute clause, la société pourrait demander à la justice le droit de procéder ainsi, par application de l'art. 1184 du C. civ. : l'actionnaire n'exécutant pas ses obligations la société serait bien fondée à réclamer la résolution du contrat qui la lie à lui.

Le défaut de versement à l'échéance sur les titres non libérés entraîne donc directement la perte du gage du créancier à qui ils étaient engagés et qui peut se trouver absolument désarmé contre son débiteur, car dans ce cas, l'insolvabilité de celui-ci est à présumer. Il est donc juste de dire que la libération obligatoire vis-à-vis de la société

le devient de plus pour l'emprunteur, vis-à-vis de son créancier gagiste. Pour obvier à ce grave danger plusieurs établissements de banque ont pris l'habitude de se réserver dans leurs contrats, le droit de faire, s'ils le jugent convenable, les versements appelés sur les valeurs non entièrement libérées qui leur sont remises en nantissement, et de réclamer immédiatement à leurs clients le montant de ces versements (1).

Mais en dehors de cette stipulation le prêteur ne pourrait-il pas exercer à la place de son débiteur cette prérogative ? On voit bien l'intérêt du créancier, mais la base de son droit apparaît moins clairement, va-t-on nous répondre ; l'art. 1166 du C. civ. lui permet bien d'exercer « tous les droits et actions » de son débiteur ; mais ici, il s'agit d'exécuter une obligation et nul ne peut alors substituer sa volonté à celle de l'intéressé. Aussi n'est-ce pas sur ce terrain que nous voulons nous placer. Mais il est un cas où tous les actes juridiques concernant les intérêts d'un individu peuvent être accomplis par un tiers aussi valablement que par celui-ci ; c'est celui du mandat. Or nous croyons et nous chercherons plus loin à établir que le gagiste, grevé d'une obligation de conserver l'objet du gage, a tacitement reçu mandat de son débiteur de faire tous les actes intéressant cette conservation. Au nombre de ceux-ci doivent certainement être compris les versements néces-

(1) V. par exemple, Crédit-Lyonnais, § 1, des contrats d'Avances-sur-Titres. D'autres banques préfèrent, et c'est la majorité, n'accepter que des titres entièrement libérés.

saires à la libération du titre. Aussi, pensons-nous que si, en droit, c'est bien là une obligation à la charge de l'emprunteur, en fait, il faut en laisser l'exercice au banquier qui a consenti l'avance-sur-titres.

2° Droits.

Notre emprunteur peut disposer comme il veut de la somme que lui a prêtée le banquier. Cela va de soi ; avec cette réserve cependant qu'en raison de la dualité de formes de l'avance-sur-titres en matière civile et commerciale, il ne doit pas employer à des opérations civiles les capitaux empruntés pour un but commercial. Réserve toute platonique, d'ailleurs, puisque nous avons constaté l'absence de sanction efficace à cette disposition cependant si encombrante dans notre théorie. Réciproquement, en abandonnant au banquier les titres destinés à garantir sa dette, il a contracté l'obligation de lui assurer une possession complète et paisible.

Mais ceci ne veut pas dire qu'il se soit dépouillé lui-même de tous ses droits sur ces valeurs. Bien au contraire, il reste propriétaire. Le banquier détenteur du titre ne peut jamais être considéré que comme un dépositaire. C'est ce principe essentiel et certain, dicté par l'art. 2079 du C. civ., qui règle les intérêts respectifs des deux contractants de l'avance-sur-titres.

a) *Perception du capital du titre à l'échéance.*

Par conséquent, de même qu'aucun créancier, ayant reçu des meubles corporels en gage, ne peut, à aucun moment, en acquérir par usucapion la propriété, puisque sa possession est entachée de précarité, le banquier, dont le gage consiste en meubles incorporels, ne peut jamais invoquer à son profit un droit qui lui permette de toucher le capital représenté par ces titres. S'il s'agit de titres au porteur la tradition n'a pu faire courir à son profit un délai de prescription ; s'il s'agit de titres nominatifs ou si la matière est civile le transfert ou la signification ont été opérés avec des restrictions telles qu'elles n'emportent ni cession, ni délégation de la créance représentée. D'ailleurs, l'y autoriser serait contrevenir directement à la règle posée par l'art. 2078 du C. civ. défendant au créancier gagiste de s'approprier le gage (1), puisqu'en définitive le capital et les titres ne font qu'un, ceux-ci n'étant que la représentation de celui-là. La seule dérogation à ce principe ne peut trouver son application ici. Elle concerne les effets de commerce recouvrables par le gagiste à leur échéance, et n'est qu'une conséquence du régime spécial d'obligations imposées à tout porteur (art. 160 à 173, C. com.) (2).

Il faut distinguer avec beaucoup de soins cette situation

(1) Cf. Planiol, *Tr. élém. de dr. civil*, t. II, n° 2433.

(2) Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 306.

de celle de l'usufruitier. Ceci est intéressant à constater ; la disposition de l'art. 2081 du C. civ. qui donne au gagiste le droit de toucher les intérêts de la créance engagée pourrait faire naître une confusion. Mais ce rapprochement serait absolument inexact. En effet — et bien qu'une partie de la doctrine ait étendu ce bénéfice même aux fruits — cette perception n'est pas permise au gagiste pour lui assurer un gain, mais seulement, nous le verrons, pour faciliter le remboursement postérieur de son prêt par une imputation préalable et pour sauvegarder les intérêts de son débiteur. Et, point essentiel, alors qu'il est généralement admis que l'usufruitier d'une créance peut en poursuivre et en toucher le capital afin de jouir de ce capital jusqu'à l'expiration de son droit (1), le créancier gagiste n'a jamais la faculté de poursuivre le recouvrement du capital des titres engagés.

Le banquier ne peut donc se substituer à l'emprunteur pour toucher le capital des titres engagés. Est-ce à dire que ce défaut de qualité soit opposable au débiteur des titres ? Autrement dit, celui-ci pourra-t-il se libérer valablement par un remboursement fait de bonne foi au gagiste ?

Il nous semble nécessaire de faire une distinction. S'agit-il de titres au porteur, le débiteur s'acquittera valablement par un paiement fait au créancier gagiste. Ceci n'est que la conséquence de l'engagement qu'il a con-

(1) Cf. Aubry et Rau, t. II, § 230, Demolombe, t. X, n° 323, 325, 326.

tracté. Il s'est obligé à payer au porteur du titre; il n'est donc aucunement forcé de demander au détenteur la justification de son droit, et doit au contraire payer dès que le titre lui est exhibé. Le porteur est présumé propriétaire du titre et par suite créancier véritable, puisque la propriété du titre donne la créance (1). Le véritable propriétaire ne pourrait donc attaquer ce paiement que s'il avait fait au débiteur une opposition antérieure, ou, tout au moins, s'il lui avait fait connaître son droit. Alors, en effet, les raisons qui justifiaient le paiement n'existent plus, le débiteur sait que le porteur n'est pas son véritable créancier, et celui-ci ne peut exciper d'un droit qui ne lui a pas été transmis (2). Mais s'il n'a pas pris ces précautions, le paiement est inattaquable, c'est affaire à lui à sauvegarder ses intérêts en exigeant, par exemple, la consignation de ce capital.

Mais, s'il s'agit de titres nominatifs, la règle est inverse. En effet, de deux choses l'une : Ou bien le titre a été constitué en gage en matière commerciale par une simple

(1) C'est sur ce fondement et non sur celui de l'art. 1240, C. civ. que se légitime le paiement. Il n'est pas douteux que cet article ne peut s'appliquer ici. Comme le fait remarquer M. A. Wahl il faudrait alors, dans les législations où il n'existe pas, dénier au débiteur le droit de s'acquitter entre les mains du porteur sans lui demander de justifications. Cette idée conduirait aussi à admettre des conséquences absurdes, telles que considérer comme créancier le voleur, le possesseur de mauvaise foi, puisqu'ils obtiennent aussi la prestation. Cf. *Tr. des tit. au port.*, t. I, n° 264 et suiv., 732 et suiv.

(2) A. Wahl, *Ibid.*, n° 268.

tradition au banquier ; et alors l'établissement débiteur ne connaît toujours qu'un créancier, celui dont le nom figure sur le certificat ; c'est à lui qu'il paiera. Ou bien l'avance-sur-titres a été accompagnée d'un transfert à titre de garantie ou d'une signification, et le débiteur est, dès lors, averti du défaut de droit du gagiste, simple détenteur du titre ; il conserve toujours le même créancier et ne peut s'acquitter qu'entre ses mains. Mais, dira-t-on, n'y a-t-il pas un certain danger à permettre à l'emprunteur de percevoir le remboursement des titres qu'il a engagés ; n'est-ce pas lui donner l'occasion de frustrer son créancier ? Nous ne le pensons pas, car, grâce au transfert ou à la signification, le créancier gagiste a pris en quelque sorte la position d'un saisissant ; il peut exiger que la société qui est vis-à-vis de lui dans la situation du tiers-saisi ne puisse s'acquitter au détriment de ses droits. Pour concilier les intérêts de l'emprunteur à qui elle doit le paiement et ceux du banquier dont elle doit respecter l'opposition, elle devra donc, à la requête de celui-ci, consigner le capital échu.

b) *Conversion des Titres.*

L'emprunteur restant propriétaire des titres et seul créancier vis-à-vis de l'établissement débiteur, conserve tous les droits que lui confèrent ces qualités. Nous venons de faire l'application de ce principe au remboursement. A plus forte raison, il semble qu'il doive conserver le

pouvoir de faire sur ses titres les opérations matérielles que nécessitent ou autorisent les besoins de la pratique. Mais ceci n'est pas absolument vrai, car nous nous heurtons à des difficultés de réalisation, venant de ce que la détention du titre est donnée au banquier. Ainsi en est-il pour la conversion, cette opération qui consiste à transformer un titre nominatif en titre au porteur, et inversement. Certes, nous reconnaissons qu'il y a là une appréciation d'opportunité dont seul le propriétaire des titres est le juge. C'est un droit attaché à sa qualité d'obligataire ou d'actionnaire et qu'il peut toujours exercer si la société admet les deux formes de titres, pourvu, bien entendu, que, s'il s'agit d'actions nominatives à convertir au porteur, elles soient entièrement et régulièrement libérées (1). Rien ne nous autorise à lui refuser ce droit ; il n'y a là qu'un pur acte d'agrément personnel qui ne peut en rien léser les droits du créancier. Et cependant, il est un obstacle à sa réalisation.

Pour opérer la conversion, la société émettrice exige toujours du demandeur le dépôt préalable dans ses caisses des titres à convertir ; l'opération s'effectue dans ses bureaux, et à son achèvement les titres transformés sont remis au déposant. Il y a donc une dépossession nécessaire du gagiste, contraire aux règles de l'art. 2076 du C. civ. Or, nous le verrons plus loin, on ne peut pour le seul bénéfice de l'emprunteur anéantir les effets de publicité de la mise en possession et nuire aux intérêts du créancier

(1) Art. 3, l. 24 juill. 1867, mod. l. 1^{er} août 1893.

et des tiers. D'ailleurs, ici, l'avantage de l'emprunteur est si minime que c'est à peine lui infliger une gêne que de lui conseiller d'attendre le retour des titres en ses mains pour opérer cette conversion. On ne voit pas bien quel intérêt immédiat il pourrait avoir à exiger cette conversion pendant la durée de l'avance-sur-titres.

Quoi qu'il en soit, il ne pourrait, à notre avis, faire cette opération sans l'assistance de son créancier, dont la présence serait une manifestation des droits qu'il tient du nantissement. Il y a d'ailleurs une seconde raison à le décider; la conversion s'analyse juridiquement en une novation par changement de créancier (1); ce créancier au lieu d'être déterminé devient impersonnel ou inversement. Il y a de plus une véritable transformation dans l'objet du nantissement : un titre nouveau est donné en échange de celui qui avait fait l'objet de la convention. Le créancier gagiste est donc directement intéressé à ce que cette conversion ne s'opère pas en dehors de lui. Un nouveau gage est substitué à l'ancien, une nouvelle convention accompagnée d'une nouvelle mise en possession est nécessaire (2). On ne saurait admettre en effet qu'il y ait ici un cas de subrogation réelle s'opérant automatiquement et sans la volonté des parties. Car, malgré l'opi-

(1) Cf. A. Wahl, *op. cit.*, t. I, n° 593.

(2) Cf. en ce sens deux arrêts de la C. de cass., 27 déc. 1904 (D. 1906, 1, 145; S. 1906, 1, 393) et 24 janv. 1905 (D. 1905, 1, 493, S. 1905, 1, 113), décidant qu'au cas où une transformation se produit dans le droit engagé, créance, action ou obligation, une transformation parallèle doit avoir lieu dans le droit du créancier gagiste.

nion de certains auteurs et les tendances de la jurisprudence, rien ne permet d'étendre les applications de cette fiction en dehors des cas prévus par des dispositions légales expresses (1).

c) *Participation aux assemblées générales d'actionnaires.*
(Renvoi).

Toujours par application de la même idée, que l'emprunteur reste propriétaire de ses titres, faut-il décider qu'un actionnaire peut assister aux assemblées générales de la société où il a des intérêts, alors même que par un nantissement il s'est dépouillé de ses actions ? La question est très controversée, et la jurisprudence, très rare d'ailleurs sur ce point, n'a pas pris une position nette. C'est qu'en effet la situation est singulièrement complexe. L'exposé en trouvera plus loin sa place logique. Mais disons de suite que si le nantissement n'enlève, en principe, au propriétaire des titres aucune des prérogatives qui sont attachées à sa qualité, il n'est pas moins vrai que celle de pouvoir assister et voter aux assemblées générales doit être réservée au banquier détenteur gagiste des actions, en raison de son obligation de veiller à la conservation du gage.

d) *Exercice des actions en responsabilité contre les administrateurs de la société (Renvoi).*

Mêmes doutes ici et même rareté équivoque de la juris-

(1) En ce sens, M. Lyon-Caen en note sous ar. préc. (S. 1905, 1, 114).

prudence. On sait que les actionnaires peuvent seuls (ou par l'intermédiaire d'un mandataire) exercer une action en responsabilité contre les administrateurs de la société et à un double titre : à raison des fautes commises par ceux-ci dans l'exercice de leur mandat, fautes de gestion ou infractions aux lois ou aux statuts (action sociale) ; à raison de leurs faits personnels, par exemple s'ils les ont engagés à acheter des titres par la production de rapports et bilans frauduleux (action individuelle). L'emprunteur qui a donné ses actions en gage va-t-il conserver cette prérogative, ou s'en verra-t-il démunir au profit de son créancier, le banquier ? Pour le motif déjà donné et que nous développerons plus loin, nous adoptons cette seconde solution.

II. — Banquier.

1° Obligations.

Le banquier, en consentant l'avance-sur-titres prend l'engagement de restituer à l'emprunteur les titres qui lui servent de garantie à l'extinction de sa dette. En attendant cette époque il est tenu de les conserver. Ceci n'est que l'application du droit commun du gage. Débiteur d'un corps certain il ne peut en disposer, pas plus que le dépositaire ne peut le faire de la chose déposée ; il doit même lui donner les soins que nécessite sa nature. Cette double obligation est écrite dans l'art. 2080, al. 1 du C. civ.

a) *Défense de disposer des titres.*

Cette interdiction est essentielle. La restitution des titres doit en effet avoir lieu en nature, puisque ceux-ci ne sont pas fongibles (1). L'emprunteur y est trop intéressé pour qu'on puisse oublier cette règle, comme sont tentés de le faire certains banquiers. Ainsi, en cas de faillite du prêteur, au lieu d'être réduit à un simple dividende comme

(1) La Cour de Douai n'a cependant pas craint d'admettre la solution contraire dans la retentissante affaire Mirès. Ce banquier était gérant de la société « la Caisse générale des chemins de fer » qui, entre autres opérations, faisait des avances-sur-titres. Il fut condamné pour escroquerie et abus de confiance à cinq ans de prison et 3.000 francs d'amende par le tribunal correctionnel de la Seine (11 juil. 1861) pour avoir vendu à son profit et frauduleusement les valeurs données en nantissement par les clients. Sur son appel la Cour de Paris maintint la peine. Il se pourvut en cassation ; la Chambre criminelle laissant intacte la question de criminalité des actes reprochés admit le vice de forme et renvoya l'affaire devant la Cour de Douai. Celle-ci dans un arrêt du 21 avril 1862, qui souleva d'unanimes protestations, acquitta Mirès. Adoptant les arguments de ses défenseurs, elle se basa sur ce que le récépissé délivré aux clients ne contenait pas la désignation exacte des titres déposés pour admettre que celui-ci avait bien le droit de disposer des titres, et ne s'était engagé qu'à en rendre de même nature. Répudiant avec sévérité la théorie de la Cour de Douai, véritable « danger social », le garde des sceaux, M. Delangle, donna l'ordre au procureur général de dénoncer cette décision, à la Chambre criminelle. Celle-ci, par un arrêt rendu le 28 juin 1862 dans l'intérêt de la loi, donna tort aux juges de Douai et déclara que l'omission des numéros des titres ne modifiait pas la nature de l'avance-sur-titres et que ceux-ci devaient, par conséquent, être conservés en nature (S. 62, 1, 625).

tout créancier chirographaire, il pourra se prévaloir de son titre de propriété pour les revendiquer en nature, ou du moins si le banquier failli les a négociés, il pourra demander sa collocation à la faillite pour le montant intégral de leur valeur. En dehors de ce cas l'emprunteur aura encore un intérêt considérable à recevoir les titres mêmes qu'il a engagés, si ce sont des valeurs à lots ou à primes. Ses chances de gain ne peuvent être modifiées. Notons, d'ailleurs, que les parties pourraient convenir d'une restitution en équivalent ; mais cette clause contraire aux principes du gage ne saurait jamais être présumée.

Cette obligation de conserver les titres doit empêcher tout acte de disposition quand bien même il ne serait pas une véritable aliénation. Tel serait le cas pour une seconde avance-sur-titres que se ferait consentir le banquier sur les titres qui lui ont été déposés en garantie d'une opération du même genre. Nombreux sont cependant les établissements qui n'hésitent pas à le faire, spéculant sur la différence du taux des intérêts qu'ils prennent à leurs clients et de ceux qu'ils paient eux-mêmes. Cette pratique n'a rien d'illégal si le banquier n'est qu'un intermédiaire pour son client qui a eu recours à cet expédient parce qu'il ne pouvait obtenir seul le crédit nécessaire. Mais sans l'approbation de celui-ci, le banquier agit évidemment en dehors de ses droits. S'il tombe en faillite, le client reste tenu de solder sa dette et ne peut obtenir des syndics la remise des titres puisqu'ils ne sont plus dans la caisse du failli. La banque qui a traité de bonne

foi avec celui-ci et dont le contrat est valable, ne restituera les titres que si elle est dédommée intégralement et au cas contraire les vendra et exercera son privilège sur le prix obtenu.

b) *Obligation de veiller à la conservation des titres.*

En édictant pour le créancier gagiste la nécessité de veiller à la conservation de la chose, l'art. 2080, al. 1, du C. civ. renvoie au titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, il faut donc, pour déterminer dans quelles mesures il doit ses soins, se référer à l'art. 1137 qui oblige le débiteur d'un corps certain à veiller à la conservation de la chose et à y apporter les soins d'un bon père de famille. C'est dire que le banquier répond même de sa faute légère, de la *culpa levis in abstracto*.

Il faut ici rejeter l'assimilation que nous avons déjà notée du gagiste et du dépositaire (art. 2079). Celui-ci n'est tenu de la garde de la chose déposée que dans la limite des soins qu'il apporte à ses propres affaires. Mais l'art. 2079 n'a fait ce rapprochement que pour montrer que le créancier gagiste ne pouvait se servir de la chose, il faut appliquer d'autres principes pour déterminer l'étendue de la responsabilité. En effet, tandis que le dépositaire rend un service gratuit, le créancier gagiste est directement intéressé au contrat qui lui procure une garantie.

Par conséquent, pour éviter toute faute ou même tout né-

gligence le banquier doit assurer toutes les opérations de conservation matérielle des titres. Il doit les renouveler quand la feuille des coupons représentatifs des intérêts périodiques est épuisée avant que le titre lui-même ne soit arrivé à l'échéance de son remboursement. Il doit les échanger quand ils n'étaient que provisoires, soit parce qu'ils avaient été délivrés avant la clôture de la souscription, soit parce qu'ils n'étaient pas entièrement libérés.

Il doit encore surveiller les tirages au sort quand tel est le procédé qui détermine l'ordre d'amortissement des titres engagés. Les propriétaires non prévenus courent en effet le risque de perdre soit l'intérêt de leurs capitaux, soit le capital lui-même, s'ils laissent s'écouler les délais de prescription, c'est-à-dire s'ils ne forment pas une demande en paiement de leur dû dans les cinq ans au premier cas, trente dans le second, qui suivent l'extinction du titre. Cette obligation est évidemment comprise dans les soins qui incombent à un administrateur vigilant, puisque son inobservation est capable d'entraîner non plus une diminution mais même la perte complète de la chose. On ne saurait décharger le banquier de cette responsabilité sous prétexte que l'emprunteur est à même de pointer lui-même le tirage, sans avoir besoin des titres eux-mêmes, s'il a eu soin d'en conserver les numéros. Cette situation de fait n'empêche pas la subsistance des obligations contractées par le créancier gagiste vis-à-vis de son débiteur et qui sont l'application de règles d'intérêt général.

La question est d'ailleurs appelée à ne se présenter que très rarement en pratique. Les avances-sur-titres sont consenties pour des périodes trop courtes pour que la prescription puisse s'accomplir (surtout celle concernant le capital du titre amorti). Après le retour des titres aux mains de leur propriétaire, la responsabilité du banquier disparaît, car s'il était obligé de signaler à celui-ci le remboursement afin de lui permettre d'interrompre la prescription (puisque seul il est autorisé à toucher le capital) tout en conservant lui-même les titres, on ne saurait étendre au delà cette obligation. Sa négligence ne pourrait autoriser une demande d'indemnisation quand l'emprunteur rentrant en possession de ses titres peut en connaître lui-même l'amortissement et a le temps suffisant pour former une demande de remboursement. L'emprunteur ne saurait imputer à faute au banquier une négligence dont lui-même se rend complice en quelque sorte en ne la corrigeant pas quand il le peut encore.

2° Droits.

Les droits du banquier qui détient les titres en qualité de créancier gagiste sont régis par deux principes bien différents : il n'est que détenteur, et en cette qualité il ne peut faire aucun acte susceptible de léser son emprunteur, véritable propriétaire ; il est chargé de conserver les valeurs et doit avoir une liberté d'action suffisante pour l'ac-

complissement de toutes les mesures nécessitées par cette conservation. Nous venons d'étudier les obligations que les principes du Code civil nous commandaient de faire découler de cette dernière idée. Mais quant aux droits, nos lois, sauf dans un seul cas, sont muettes. Il faut pourtant les délimiter et leur donner une base juridique si l'on ne veut tomber dans l'arbitraire.

Dans une matière aussi délicate, la prudence nous commande de nous éloigner des constructions *a priori*, et de nous en tenir à la volonté présumée des parties. Pour déterminer celle-ci plus sûrement, allant du plus au moins connu, nous nous inspirerons de la solution donnée par le Code, dans le cas unique où il s'occupe de limiter les droits du donneur de garantie au profit de son créancier gagiste, et essaierons d'en extraire le principe, qui a inspiré ses rédacteurs, pour l'appliquer aux hypothèses pratiques spéciales à notre espèce.

a) *Perception des intérêts des titres.*

Nous savons que le créancier gagiste ne peut pas se servir des choses engagées, même pour les usages auxquels elles sont destinées par leur nature. Or, voici que l'art. 2081 du C. civ. apporte une grave dérogation à ce principe en autorisant le créancier gagiste à imputer sur les intérêts, et subsidiairement sur le capital de la dette, les intérêts produits par la créance qui lui a été donnée en gage. Ceci suppose donc que, dans notre cas, le banquier

peut détacher lui-même, sans autorisation, les coupons représentatifs de ces intérêts ; c'est dire qu'il fait acte de jouissance sur les titres. Pourquoi les rédacteurs du Code ont-ils cru devoir lui donner ce droit ?

Ils ont évidemment été inspirés par des raisons d'utilité pratique. L'emprunteur est très vivement intéressé à ce que les intérêts de ses titres soient touchés le plus tôt possible pour éviter que la prescription quinquennale ne l'en dépouille ; le créancier gagiste trouve, en les touchant lui-même, un moyen commode, et ne lésant en rien son débiteur, de recouvrer pendant la durée de l'opération une partie de la somme qu'il a prêtée en imputant sur les intérêts qu'elle produit elle-même, puis sur son capital les intérêts propres des valeurs qu'il détient. Mais pour opérer cette perception il manque à l'emprunteur les titres qu'il est nécessaire de présenter à la société débitrice ou dont il faut détacher les coupons ; il manque au créancier gagiste le droit de jouissance. Tout naturellement naît l'idée de concilier les deux intérêts. Rien n'est plus simple. Il n'y a qu'à considérer l'emprunteur qui a remis à son créancier les titres qui constituent sa sûreté comme l'ayant chargé de veiller à leur conservation ; cette obligation que le Code civil a cru devoir sanctionner lui-même en raison de son importance, est évidemment dans l'esprit de tout débiteur gagiste. Il est raisonnable de penser qu'il a donné une sorte de mandat tacite à son créancier, de se substituer à lui chaque fois que son intérêt l'exigerait. Puisqu'il

ne peut, à chaque échéance d'intérêts, lui demander communication de ses titres, ce qui serait contraire à la permanence de la mise en possession, il préfère le charger de les toucher à sa place, et de les appliquer à la libération de sa dette (1).

Ce mandat tacite a nécessairement une portée très étendue, limitée cependant par le respect nécessaire des droits du mandataire et des principes généraux. C'est ainsi que lorsque les titres engagés sont à primes ou à lots, le banquier peut bien percevoir les intérêts qu'ils produisent mais ne saurait émettre la prétention de percevoir ceux que produiraient la prime ou le lot échus pendant la durée de l'avance-sur-titres. En effet, il est hors de doute que le propriétaire du titre doit seul profiter des bénéfices qui y sont attachés. Le créancier gagiste ne pourrait prétendre à ces avantages en soutenant qu'ils ne sont que le résultat d'une capitalisation ou d'une accumulation de fractions d'intérêts retenus. La prime est un « supplément de rémunération du prêt, payable en une seule fois à l'époque du remboursement » ; le lot est « un gain dû au hasard d'une loterie à plusieurs tirages établie par l'emprunteur entre tous les obligataires d'une même émission » (2). Seule la personne qualifiée pour toucher le capital à l'époque du remboursement peut donc toucher cette prime ou ce lot. Ils restent absolument en dehors du

(1) En ce sens, cf. Guillouard, *Du nantiss.*, n° 142.

(2) Sur la nature juridique des deux sortes de titres, cf. H. Lévy-Ullmann, *Tr. des obl. à primes et à lots*, 2^e partie, ch. iv.

gage du banquier qui, par suite, ne peut en percevoir les intérêts pour les imputer sur ceux de sa créance.

b) Participation aux assemblées générales d'actionnaires.

En cherchant à déterminer les droits de l'emprunteur, nous avons cru devoir noter, sans nous y arrêter, que conservant la propriété de ses titres, il ne pouvait cependant, pour des raisons pratiques, être maintenu dans la totalité de ses prérogatives, et particulièrement dans celle d'assister aux assemblées générales.

Cette idée méritait d'être signalée et il convient de la justifier, car elle paraît en contradiction absolue avec le principe de la conservation intégrale des droits de l'emprunteur dérivant de la permanence de sa propriété.

La question est singulièrement délicate. On sait que les actionnaires ont le pouvoir de se réunir en assemblée générale et que certaines questions intéressant la société ne peuvent être résolues que par cette formation qui prend le nom d'assemblée générale constitutive, lorsqu'elle remplit les formalités préalables à la constitution de la société (examen de la sincérité de la déclaration des fondateurs, approbation des apports en nature et des avantages particuliers, nomination des premiers administrateurs, etc.), d'assemblée générale ordinaire, quand elle fait œuvre normale de gestion pendant la marche de la société (nomination ou révocation des administrateurs, vérification des comptes de ceux-ci, au-

torisation de ceux-ci pour les actes qui excèdent leurs pouvoirs, fixation des dividendes, etc.), enfin d'assemblée générale extraordinaire, quand elle se propose de modifier les statuts dans les limites déterminées par la loi ou par les statuts eux-mêmes. Chacune de ces assemblées est régie par des règles différentes, notamment au point de vue du *quorum*. Mais il est une règle préliminaire qui s'impose dans tous les cas et que prévoient généralement les statuts. Pour faire la preuve de leur qualité les actionnaires doivent déposer leurs titres dans la caisse sociale ou dans tout autre endroit désigné, un certain nombre de jours avant la date fixée pour la réunion (ordinairement cinq jours). En échange il est remis à chacun d'eux une carte nominative et personnelle qui lui permet d'assister à l'assemblée.

Par conséquent, si l'emprunteur doit prendre part lui-même à cette assemblée il va falloir qu'il exige du banquier la remise des titres qu'il avait engagés. Certes, ses droits sont intangibles ; du fait du nantissement il n'a pas perdu le privilège d'élever la voix dans les débats où se décident l'avenir et la direction de la société, et par suite de ses capitaux. Et cette considération a inspiré un certain nombre d'arrêts (1). Mais n'est-ce pas porter un grand coup à la valeur et à la solidité

(1) Cf. Lyon, 21 nov. 1894 (*J. Soc.*, 1895, 411); Bruxelles, 19 juin 1896 (*J. Soc.*, 1897, 212); Paris, 6 janv. 1897 (*J. Soc.*, 1897, 276); Seine, 13 fév. 1899 (*J. Soc.*, 1899, 317). En sens contraire, Paris, 19 janvier 1897 (*D.* 1900, 4, 169; *J. Soc.*, 1897, 264).

de ce nantissement que de remettre le débiteur en possession de ses valeurs ? Les intérêts du créancier gagiste et ceux des tiers ne vont-ils pas être sérieusement lésés ? ceux du banquier, puisque la valeur du gage entre ses mains est subordonnée à la persistance de sa possession. Ceux des tiers, puisque toutes les garanties de publicité se trouvent anéanties à leur égard ; n'importe, en effet, que le rétablissement du propriétaire dans ses droits ne soit que temporaire, puisqu'en fait ce n'est que dans de semblables circonstances, quand il est dans l'impossibilité de les exercer, que sa dépossession en faveur du gagiste se manifeste extérieurement. Ainsi posée la question semble insoluble et il semble que le plus sage soit de confier aux dés de Bridoie le soin de désigner qui sera sacrifié. Mais la science du droit a fait des progrès depuis Rabelais et il n'est peut-être pas impossible de trouver un principe ou du moins un intérêt qui puisse influencer cette solution moins aveuglément que le hasard.

Les termes du problème sont absolument contradictoires. L'emprunteur reste propriétaire des titres engagés et conserve toutes les prérogatives de ce droit ; il est toujours actionnaire de la société, bien qu'ayant déposé ses actions dans une banque ; ce dessaisissement ne doit pas l'empêcher de discuter ses intérêts en assemblée générale. Le banquier est détenteur des actions ; il y a pour lui une nécessité absolue, légalement définie, de les conserver, puisqu'à leur maintien en sa possession est attachée la validité et la durée

du gage (1) ; la sauvegarde des intérêts de son débiteur ne doit pas ébranler la garantie que celui-ci lui a consentie. Cependant ces raisons irréductibles ne doivent pas aboutir à priver cette quote-part du capital de la société de cette vie et de cette puissance que la loi lui reconnaît et qu'elle confère au possesseur de l'action. Pour remédier à cette fâcheuse situation, des palliatifs ont été proposés.

C'est ainsi qu'un auteur (2) donne au gagiste le droit d'assister aux assemblées générales ordinaires régies par l'art. 29 de la loi du 18 juillet 1867, et réserve au propriétaire le droit de participer aux assemblées générales extraordinaires. Certes, cette distinction est possible, le banquier ne pourra par ses votes nuire aux intérêts de son débiteur, et celui-ci reste maître de ses prérogatives quand il s'agit de questions vitales, sans toutefois porter atteinte au privilège de son créancier. On admet alors le principe, que semble adopter la jurisprudence sans jamais cependant avoir été confirmée par la Cour suprême, à savoir que de ce court déplacement il ne résultera aucune perte de possession au préjudice du gagiste. Il est donc aussi logique et légitime, à l'exemple de M. Demogue (3), d'appliquer ce principe dans tous les cas où le créancier gagiste restitue le titre à son donneur de garantie pour lui permettre d'accomplir un acte que seul il a qualité de faire,

(1) Cf. en ce sens, Dijon, 10 fév. 1902 (D. 1902, 2, 283).

(2) De Prat, *Des reports* (thèse, Douai, 1886).

(3) Demogue, *ds Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, p. 428.

en englobant dans cette catégorie tous les cas d'assistance aux assemblées quelles qu'elles soient. La perte du privilège ne résulterait dès lors que des cas où l'entremise du propriétaire lui-même n'était pas indispensable, comme dans le cas de paiement de coupons.

Mais il nous semble, combien satisfaisant soit le résultat obtenu, que ces solutions ne sont pas complètes. Il nous paraît qu'un côté du problème reste inétudié. Les intérêts des parties sont peut-être sauvegardés, si tant est que ce créancier, contre qui on s'arme avec tant de soin, soit si redoutable ; mais ceux des tiers ?... Cependant ils sont importants et nous avons vu que tout le système de la mise en possession était bâti pour les protéger. Mais voici que, par une étrange contradiction, au moment où le droit de gage va se révéler par un fait tangible, on passe outre et on rétablit le débiteur dans l'intégrité de ses droits. Encore une fois, comment les tiers prêts à contracter avec celui-ci sur le crédit de sa fortune mobilière, vont-ils deviner que ces actions sur lesquelles ils croient pouvoir tabler sont engagées à d'autres dettes ? Ce principe de publicité est aussi intéressant à conserver que ceux qui régissent les droits des deux parties en présence.

En définitive il s'agit de créer ici une situation où le plus d'intérêts possibles trouvent leur satisfaction.

Une seule solution nous paraît capable de remplir ces desiderata. C'est de donner au créancier gagiste, pendant la durée de l'avance-sur-titres, le pouvoir de participer

aux assemblées générales. Mais comment justifier en droit cette intervention ? Très simplement, si on veut admettre avec nous que, par le fait du transfert, le créancier gagiste a reçu de son débiteur le mandat tacite de faire tous les actes nécessaires à la conservation de ses titres (1). L'art. 27 de la loi de 1867 qui accorde à tout propriétaire d'actions le droit de participer aux assemblées générales le donne dans les mêmes termes à son mandataire. D'autre part, puisque le Code, interprétant en cela la volonté du donneur de garantie, oblige le créancier à veiller à la sûreté du gage, il est évident qu'il entend mettre à sa portée tous les moyens d'y procéder. La généralité du mandat inclus dans la constitution du gage, comprend sans doute le droit de voter dans les assemblées pour prendre toutes les mesures dont peuvent dépendre la valeur ou l'existence même de l'action.

Par ce moyen, tous les intérêts qui nous semblaient contradictoires vont être protégés. Le propriétaire des titres va être représenté au sein des assemblées par son créancier gagiste. La possession de celui-ci se continue, son gage persiste et du même coup se manifeste aux yeux des tiers. Nous ne voulons pas nous arrêter aux objections qu'on pourrait élever contre cette participation du créancier de l'actionnaire aux assemblées générales, et qui semblent avoir inspiré la jurisprudence : « Le banquier va profiter de sa qualité de créancier pour écraser

(1) Cf. en ce sens, Huvelin, ds. *Ann. de dr. com.*, 1895, p. 53 (sous Lyon, 21 nov. 1894).

son client, obligé de subir sa loi, et pour prendre dans l'assemblée une attitude néfaste aux intérêts de celui-ci. » Ces craintes nous semblent sans fondement. Est-il possible de ne pas s'apercevoir, au seul exposé de la situation, que celui des deux contractants qui a les plus justes raisons de se défier de l'autre est le créancier gagiste ? Si le débiteur conserve la prérogative d'assister aux assemblées, il est à craindre que ses votes ne soient inspirés par le seul désir de sauvegarder ses propres intérêts, quitte à sacrifier ceux de son créancier. Si sa situation est tout à fait mauvaise, il peut même arriver qu'il n'hésite pas à précipiter la débâcle de la société déjà chancelante pour la satisfaction d'entraîner le banquier dans la même catastrophe financière. Dans son désarroi il est encore possible qu'il tente, par une collusion avec ses coassociés, de récupérer une partie des capitaux versés dans l'entreprise et de ne laisser aux mains de son créancier qu'une liasse de papiers sans valeur. Celui-ci, au contraire, est directement intéressé à la conservation de son gage. Qui ne voit que ses intérêts sont exactement les mêmes que ceux du titulaire des actions ? Bien loin d'émettre des votes capables de diminuer la valeur de celles-ci, il luttera pour la relever dans les périodes critiques où l'appoint de ses capacités professionnelles pourra être d'une grande utilité ; de plus, sa présence étrangère à ce milieu empêchera peut-être la fraude de peu scrupuleux agio-teurs. D'ailleurs, si son action devait être nuisible à son client, celui-ci n'aurait-il pas une arme très efficace en

l'action en responsabilité que tout mandant peut exercer contre son mandataire (art. 1992, C. civ.) ?

c) *Exercice des actions en responsabilité contre les administrateurs de la société.*

Nous avons également indiqué plus haut que l'actionnaire pouvait, dans certains cas, actionner en responsabilité les administrateurs de la société, mais que lorsqu'il avait dû se déposséder de ses actions en faveur d'un banquier à raison d'une avance-sur-titres à lui consentie par celui-ci, ce pouvoir devait être confié à ce dernier (1).

Nous décidons ainsi par application de la même idée que précédemment : l'emprunteur en constituant le gage s'est dépouillé en faveur de son créancier gagiste de la possession de ses titres et des droits qui y sont attachés, il en a donné l'exercice à celui-ci pour lui permettre de veiller à leur conservation d'une façon efficace.

Mais l'exercice de ces actions n'est possible que dans les limites de ce devoir de surveillance. Ce serait une erreur que de permettre au banquier d'actionner les administrateurs dans tous les cas où le propriétaire des actions pourrait le faire lui-même. Il ne suffit pas que les faits qui motivent cette intervention soient préjudiciables à celui-ci, il faut encore qu'ils soient postérieurs à la conclusion du contrat. Si une faute a été commise auparavant sans

(1) Cf. en ce sens, Demogue, *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 358 ; Cass. req., 5 janv. 1903 (D. 1905, 4, 118).

que l'actionnaire lésé ait usé de son droit, c'est qu'il a entendu, au moins momentanément, l'abandonner ; il n'appartient pas à son créancier de tenir une conduite différente. Donc, alors même que l'emprunteur aurait le droit de demander aux administrateurs des dommages-intérêts en raison de manœuvres dolosives qui l'auraient amené à acheter les actions, le banquier ne pourrait exercer cette action. Il ne pourrait poursuivre les administrateurs que s'ils commettaient dans leur gestion ultérieure un acte réduisant la valeur de ces titres.

Ceci s'entend des actions individuelles que tout actionnaire peut intenter en son nom propre. Mais que faut-il décider en ce qui concerne l'action sociale, intentée à raison des fautes de gestion ou de violation de la loi ou des statuts, dont l'assemblée générale des actionnaires a la disposition ? Sans entrer ici dans le détail des discussions qu'a fait naître l'attribution de cette action, nous pouvons accepter la théorie de la jurisprudence qui accorde à chaque actionnaire le droit de l'exercer dans la mesure de leur intérêt quand elle n'est pas éteinte par une décision de l'assemblée générale. Puisqu'en ce cas chaque actionnaire recouvre le droit d'agir individuellement parce que la société elle-même n'agit pas malgré le mandat qui lui a été donné par l'assemblée générale, nous devons admettre que le créancier intervenu à cette assemblée en représentation de l'actionnaire, son débiteur, et qui a valablement voté les poursuites doit pouvoir les intenter lui-même, comme pourrait le faire celui-ci.

CHAPITRE II

SITUATION JURIDIQUE DES PARTIES A L'ÉCHÉANCE DE L'AVANCE-SUR-TITRES

I. — Emprunteur

1° Obligations.

a) *Remboursement de l'avance.*

Quand arrive le terme que les parties ont fixé à la durée de l'avance-sur-titres, l'emprunteur est obligé de rembourser au banquier la somme que celui-ci lui avait prêtée. Cette obligation est essentielle, et toutes les formes et garanties de l'avance-sur-titres ne tendent qu'à en assurer l'exécution. Elle ne soulève aucune difficulté. Nous n'aurons qu'à noter tout à l'heure les moyens que le banquier tire des principes eux-mêmes pour obtenir satisfaction, quand l'emprunteur refuse ou est dans l'impossibilité d'accomplir sa prestation.

D'ailleurs, celui-ci n'est pas obligé d'attendre cette date prévue au contrat pour payer sa dette. Le terme étant stipulé uniquement en sa faveur, il peut se libérer quand

il le veut, et restant propriétaire des titres qu'il a engagés, il peut les revendiquer à tout moment. Inversement, il peut, avec l'assentiment du banquier, prolonger la durée de l'opération. Les parties opèrent alors un renouvellement de l'avance-sur-titres, qui se continue sur les mêmes bases et avec les mêmes garanties.

b) Paiement des accessoires de l'avance.

Mais l'emprunteur ne serait pas entièrement libéré et serait mal fondé à réclamer la restitution de ses titres, s'il n'avait pas désintéressé le banquier de toutes les suites du contrat.

Il lui doit en premier lieu certaines sommes accessoires qui constituent pour celui-ci une rémunération du prêt et une couverture des risques assumés. Ce sont les intérêts des capitaux prêtés et le droit de commission.

Nous avons vu d'ailleurs que, pour des raisons d'utilité pratique, au lieu d'attendre la fin de l'avance-sur-titres le banquier touche les intérêts qui lui sont dus au cours même de l'opération, en percevant lui-même les intérêts des titres engagés au fur et à mesure de leur échéance et en les appliquant au paiement de ceux de sa propre créance.

Il va sans dire qu'en matière civile le banquier devra se conformer aux volontés de la loi du 3 septembre 1807, qui limite à 5 0/0 le taux de l'intérêt conventionnel, tout en conservant une liberté entière en matière commer-

ciale puisque, sur ce point, la loi du 12 janvier 1886 a dérogé à celle de 1807.

Ceci permet de solutionner sûrement, dans ce dernier cas, la question de la légitimité du droit de commission perçu en plus de cet intérêt. Avant 1886, malgré les efforts de la jurisprudence pour justifier ce supplément de droits, en tant que rémunération spéciale due aux soins pris par le banquier pour se procurer des fonds, aux frais qu'il supporte et aux risques de l'opération (1), la logique commandait de le condamner dans tous les cas comme simple intérêt usuraire déguisé (2). Mais depuis que la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale est proclamée, la question de la légitimité du cumul de la commission avec les intérêts ne saurait se poser qu'en matière civile. Et même, on peut dire que dans le cas d'avances-sur-titres consenties par un banquier elle ne se posera jamais si, pour la détermination du caractère du prêt, on adopte la théorie de la jurisprudence. En effet, tandis qu'en matière de gage, celle-ci décerne le titre de commercial ou civil à l'opération, selon que la dette garantie est elle-même commerciale ou civile, ici elle ne s'occupe que de la qualité de l'auteur du prêt, déclarant ainsi le prêt commercial toutes les fois qu'il est consenti par un banquier,

(1) Cf. Cass., 17 mars 1862 (S. 62, 1, 430) ; 28 avril 1869 (S. 69, 1, 306) ; 11 fév. 1878 (S. 78, 1, 393).

(2) Cf. P. Pont, *op. cit.*, t. I, n° 285 ; Labbé, en note sous S. 78, 1, 393 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 695. En sens contraire, Ruben de Couder, *Dict. dr. com.*, v° banquier, Thaller, *Du privil. d'émiss. de la Banque de France*, n° 52.

alors même qu'il le serait à un non-commerçant pour une opération civile (1). Constatons, en passant, l'illogisme de cette distinction. Il serait plus rationnel de ne considérer, pour cette détermination, que la destination des fonds prêtés, qu'il s'agisse du taux de l'intérêt ou des formes du gage. On aurait ainsi un système plus uniforme, plus en harmonie aussi avec la loi de 1807 qui a pensé que les opérations commerciales étant plus lucratives permettaient à l'emprunteur de payer un intérêt plus élevé.

Quoi qu'il en soit du parti à prendre en doctrine, il n'en est pas moins sûr qu'en raison de la pratique suivie par la plupart de nos banques, de toujours considérer comme commercial le but des emprunteurs dans l'avance-sur-titres, la légitimité de la commission ne fait généralement aucun doute. Il n'y aurait, en adoptant cette seconde qualification du prêt, que lorsque les capitaux empruntés auraient une destination évidemment civile, que l'on devrait refuser au banquier le droit de prélever sa commission, si, ajoutée aux intérêts, elle dépassait le taux que la loi de 1807 a fixé ; puisqu'elle ne peut se légitimer même en empruntant l'aspect d'un salaire spécial.

c) *Paiement des impenses.*

Cette obligation imposée à tout débiteur gagiste est formulée par l'art. 2080, § 2 du C. civ. Tandis qu'il serait

(1) Cass., 27 fév. 1864 (S. 64, 1, 341) ; 29 avril 1868 (S. 68, 1, 181) ; Bordeaux, 27 avril 1869 (S. 70, 2, 230) ; Douai, 24 janv. 1873 (D. 74, 2, 203) ; Lyon, 3 juin 1889 (S. 90, 2, 42).

doute difficile d'en trouver une application pratique dans la généralité des cas où une créance ordinaire est l'objet du gage, elle nous semble une protection très efficace pour le créancier d'une avance-sur-titre. Nous avons dit, en effet, que nous considérions comme nécessaire de donner à celui-ci la faculté d'opérer les versements appelés par les sociétés pour la libération des titres. Le souscripteur ne peut se refuser à ce paiement et son créancier agit pour lui en vertu du mandat tacite qu'il a reçu de veiller à la conservation du gage. Or, et nous l'avons prouvé, ces versements sont bien des actes de conservation, et d'une importance telle que leur inexécution peut entraîner la perte même des titres. Nous sommes donc bien dans le cadre des actes visés par le texte du Code. Le banquier détenteur des titres a, incontestablement, le droit de réclamer à son client le montant intégral des sommes qu'il a versées à la société pour la libération des titres qui lui ont été donnés en garantie d'une avance-sur-titres.

2° Droits.

A l'échéance, l'emprunteur n'a de droits que ceux qui découlent du caractère synallagmatique du contrat d'avance-sur-titres. Ceci revient à dire qu'il peut exiger du banquier la remise en nature des titres qu'il lui avait confiés, dès qu'il lui a lui-même payé sa dette, en capital, intérêts et frais. Il n'y a de ce côté rien de spécial à noter, et à peine avons-nous besoin de dire que l'emprunteur n'aurait pas

besoin d'attendre l'échéance stipulée pour reprendre ses titres, si auparavant le banquier en usait d'une façon non conforme aux règles que nous avons rappelées ; ce qui pourrait se produire notamment si celui-ci les avait vendus, ou même s'il les avait engagés à sa propre dette, sans l'assentiment de leur propriétaire. Si nous ne pouvions nous référer sur ce point aux règles du gage (art. 2082 § 1 du C. civ.), nous devrions encore le décider par application de l'art. 1183. Il y a bien ici inexécution du contrat par le banquier qui ne remplit pas son obligation de conserver les titres pour les restituer à l'échéance ; l'emprunteur est fondé à en demander en justice la résolution et même à réclamer des dommages-intérêts.

II. — Banquier

1° Obligations.

Restitution des titres.

L'obligation unique du banquier à l'échéance de l'avance-sur-titres est de restituer à l'emprunteur les titres que celui-ci lui avait remis en garantie. Cette restitution suppose naturellement, nous venons de le dire, le remboursement par l'emprunteur du prêt qui lui avait été consenti. Les deux obligations sont, dans leur exécution, en fonction l'une de l'autre.

Cette restitution — il est utile d'insister encore sur ce

point — doit se faire en nature. Les titres, même au porteur, ne sont pas fongibles. Décider autrement serait enlever à l'emprunteur toute sécurité quant à la conservation de son gage qui resterait à la merci des aliénations du banquier, et nier du même coup son droit de propriété.

Le banquier n'est affranchi de cette obligation que dans le cas où le gage a péri ou a diminué de valeur sans qu'il y ait faute de sa part, par l'effet d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1302, C. civ.). Dans toute autre circonstance il serait responsable du préjudice éprouvé, même s'il ne s'agissait que d'une dépréciation des titres.

2° Droits.

Exercice du privilège du gagiste.

Au terme de l'opération, le banquier va pouvoir exercer tous les droits que le Code a mis à la disposition du créancier gagiste. Ils se résument en trois prérogatives : droit de rétention, privilège et droit de faire vendre le gage en cas de non-paiement à l'échéance.

Rien n'est spécial à dire pour le banquier, en ce qui concerne les deux premiers avantages dont il jouit conformément au droit commun. D'ailleurs, certaines de leurs conséquences se réalisent pendant la durée même de l'opération, et nous les avons déjà notées.

Ainsi, le banquier a le droit de conserver la possession des titres jusqu'à parfait remboursement en principal,

intérêts et frais du prêt qu'il a consenti. Cette prérogative n'est que la prolongation de son droit d'être mis et maintenu en possession par son débiteur. C'est afin d'en assurer l'exercice que nous n'avons pas hésité à lui accorder des pouvoirs aussi étendus.

En dernière analyse, toutes ces mesures de protection concourent ensemble à la réalisation de ce droit considérable qui fut pour le banquier la véritable raison de contracter l'avance-sur-titres : être payé sur les titres « par privilège et préférence aux autres créanciers » (art. 2073, C. civ.).

Comment celui-ci s'y prendra-t-il pour mettre ce droit en œuvre, si le débiteur ne s'exécute pas volontairement à l'échéance ? Le principe qui domine toute notre législation en cette matière est que le créancier ne peut jamais s'approprier le gage à défaut de paiement. Pressé par le besoin, et conservant d'ailleurs l'espoir de dégager sa chose en payant, le débiteur est trop disposé à subir les suggestions de son créancier et à lui donner un gage d'une valeur bien supérieure au montant de sa dette. Ce serait autoriser de trop fréquentes spoliations que de permettre au créancier de conserver la chose en cas de non-paiement (1). La loi l'a interdit absolument, allant pour sanctionner son interdiction, jusqu'à limiter la liberté des contractants en déclarant nulle toute clause contraire.

Ce principe de haute équité se réalise de façon

(1) V. l'exposé des motifs fait par M. Berlier, au Corps législatif (Fenet, *Trav. prép.*, t. XV, p. 206).

différente en matière civile et en matière commerciale.

Quand le but de l'avance a été purement civil, la loi oblige le créancier à s'adresser en justice pour faire ordonner que la chose mise en gage lui demeurera en paiement jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, d'après une estimation faite par experts, ou bien qu'elle sera vendue aux enchères (art. 2078, C. civ.) (1).

En matière commerciale, la loi toujours plus favorable dispense le créancier gagiste de l'autorisation de justice. Mais la vente publique est nécessaire et n'est possible que huit jours après une signification faite au débiteur (et au tiers bailleur de gage s'il y en a un) (art. 93, C. com.).

Cette simplification est heureuse. Il était certes utile de protéger le débiteur contre son créancier gagiste, mais vraiment, lorsque la valeur du gage est minime, la nécessité de s'adresser à la justice devient une bien lourde charge pour le créancier. Dans ce cas, les intérêts du débiteur, en même temps que ceux de son créancier, sont très suffisamment garantis par la nécessité d'une vente publique qui portera le gage à son plus haut prix.

Aussi l'observation de cette condition est-elle absolu-

(1) Malgré l'opinion de certains auteurs qui se sont fondés sur les travaux préparatoires du Code civil (Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 217; Locré, *Lég. civ. com. et crim. de la France*, t. XVI, p. 41), il paraît plus conforme aux principes de décider que cette option appartient au créancier et non au tribunal; celui-ci n'intervient que pour surveiller la réalisation du gage. Cf. en ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. I, n° 114; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2453.

ment obligatoire. S'il était procédé à une vente volontaire le débiteur pourrait, soit faire annuler la vente, soit, s'il se heurtait à l'opposition des tiers fondée sur l'art. 2279 du C. civ., réclamer, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le prix obtenu et celui qu'on aurait pu obtenir en procédant régulièrement (1). Dans notre cas, la vente sera faite par un agent de change (art. 93, § 2, C. com.), dans les formes déterminées par le décret d'administration publique du 7 octobre 1890 (art. 70 à 73) réglementant la profession d'agent de change et la négociation des effets publics. Celui-ci doit exiger la justification des formalités prescrites par l'art. 93 du C. com. Au moins vingt-quatre heures avant la négociation, il doit faire apposer une affiche signée de lui, dans l'intérieur de la Bourse, et dans ses bureaux. Cette affiche indique la nature des valeurs à négocier, leur quantité, l'acte en vertu duquel la négociation est effectuée, le nom de l'agent de change chargé de la négociation et les jours auxquels cette négociation aura lieu. Le bordereau de l'agent de change constitue le procès-verbal de la vente ; il contient la spécification des titres vendus.

Cette intervention est absolument nécessaire. La loi, dans ces sortes de ventes, exige le concours d'un officier public dans l'intérêt des parties. La vente des titres en Bourse par l'intermédiaire des coulissiers serait nulle, même pour ceux qui ne sont pas inscrits à la Cote officielle.

(1) Aix, 25 mars 1874 (D. 75, 1, 112).

Pour ces titres, le décret de 1890 exige encore que la vente soit faite par agent de change. Mais alors des enchères sont ouvertes et reçues avec la faculté de surenchère pendant les délais et sous les conditions déterminées par la chambre syndicale, ou s'il n'y a pas de chambre syndicale, par le tribunal de commerce. Notons, d'ailleurs, que les mêmes procédés de vente, ordonnés par les mêmes autorités, pourraient être usités pour les valeurs figurant à la partie officielle de la Cote.

Toutes ces formalités sont exigées aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, lorsque le créancier a fait ordonner par justice que l'objet du gage serait vendu. Dans ce cas, l'affiche annonçant la vente doit indiquer la décision qui l'autorise.

Nous avons dit qu'en matière civile le créancier pouvait encore, à son choix, demander à la justice d'ordonner que le gage lui demeurerait en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts. Peut-on transposer au gage commercial cette option indiquée seulement par l'art. 2078 du C. civ. ? Plusieurs arrêts et certains auteurs ont soutenu la négative, en alléguant que cet article avait été abrogé en ce qui concerne le gage commercial par le nouvel art. 93 du C. com. (1). On se base

(1) Toulouse, 27 juil. 1872 (S. 74, 2, 178) ; Paris, 8 mars 1873 (D. 74, 2, 70) ; Gand, 6 fév. 1875 (*Jur. du port d'Anvers*, 76, 2, 54) ; trib. com., Anvers, 28 juil. 1877 (*Ibid.*, 77, 1, 304). En ce sens P. Pont, *op. cit.*, t. II, n° 1152 et s. ; Alauzet, *Com. du C. de com.*, t. II, n° 792 et suiv.

sur l'intention qu'ont eue les auteurs de la loi de 1863 d'abroger l'art. 2078 en matière commerciale, et on fait argument des paroles prononcées par eux au cours de la discussion. Mais il nous semble plutôt que ce point est passé inaperçu des législateurs. Ils n'ont manifestement eu en vue que la simplification à apporter aux formes de la vente du gage, et c'est uniquement en ce qui concerne ces formalités que l'art. 2078 a été abrogé en matière de commerce. On a dit aussi que l'art 93, § 4, était impératif et annulait toute clause autorisant le créancier à s'approprier le gage sans les formalités prescrites aux paragraphes précédents. Mais cette nullité n'affecte que les clauses qui auraient pour but de réduire encore, au cas de vente, ces formalités déjà très simples ; elle ne vise nullement notre hypothèse, qui demeure régie par les principes généraux, c'est-à-dire par les dispositions du Code civil (1).

D'ailleurs, quand le créancier s'est fait autoriser par justice à conserver les titres en paiement, il nous semble que l'art. 2078 doit recevoir une simplification et que le juge peut faire lui-même l'appréciation de la valeur du gage, sans recourir à une expertise. La valeur des titres négociables à la Bourse étant fixée chaque jour officiellement par la Cote, on ne voit guère par quel autre moyen un expert en établirait le chiffre. Il est donc inutile d'obli-

(1) En ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 434, p. 712, texte et note 11 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. III, n° 313 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 148 et 152 ; Boistel, *op. cit.*, n° 496 ; Ruben de Couder, *op. cit.*, v° Gage, n° 83.

ger le créancier à des frais supplémentaires dont le débiteur supporterait les charges, en définitive. Rien ne force le tribunal à recourir à une expertise préalable quand sa conscience est suffisamment éclairée (1).

(1) En ce sens, Cass., 1^{er} juil. 1856 (D. 56, 1, 274) ; 4 avril 1866 (S. 66, 1, 433).

TROISIÈME PARTIE

Pratique de l'Avance-sur-Titres.

CHAPITRE PREMIER

L'AVANCE-SUR-TITRES A LA BANQUE DE FRANCE

Avant de clore cette étude et d'en tirer une conclusion, il nous paraît utile de montrer la façon dont est conçue et dont fonctionne l'avance-sur-titres en France. Nous ne pouvons entreprendre une revue de tous les grands établissements de crédit ; outre sa monotonie, ce travail aurait peu d'utilité en raison des redites qu'il nous imposerait et du manque de règles absolument fixes à consulter. Nous préférons donc prendre un seul mais grand exemple. Ce sera la Banque de France.

Là tout fonctionne en vertu de statuts imposés par des lois ou des décrets. Et les législateurs se sont efforcés d'assurer la sécurité en même temps que la prospérité de cet établissement national en prodiguant leurs soins à la réglementation des opérations qu'ils lui permettaient. C'est donc là, s'il existe, que nous trouverons le type de l'avance-sur-titres. Nous avons fait jusqu'ici beaucoup de théorie. Il est temps de nous tourner vers la réalité pratique, pour chercher, avant de réclamer des réformes, si nos desiderata n'ont pas déjà reçu leur satisfaction.

Il est d'ailleurs légitime à un autre point de vue de jeter les yeux sur l'organisation de la Banque de France, car c'est elle qui règle le mouvement des avances-sur-titres en France comme elle règle celui de l'escompte. C'est en effet le Conseil général de la Banque de France qui fixe le taux des avances-sur-titres, sur quoi se basent toutes les autres banques du pays. Ce taux est toujours supérieur à celui de l'escompte, d'ailleurs. L'écart est tantôt de $1/2$, tantôt de $10/0$.

Les raisons de cette distinction résident dans la différence des risques courus par l'une et l'autre des opérations. L'escompte engage solidairement trois personnes, à la Banque de France du moins, puisqu'elle n'admet à l'escompte que des effets à trois signatures. Au contraire, les avances-sur-titres sont consenties à une personne isolée sans autre garantie que celle du dépôt de titres en nantissement (1). Donc, il faut bien le reconnaître, la ga-

(1) Notons que la Banque a été autorisée à admettre en rempla-

rantie fournie par des titres, dont la valeur est en dépendance absolue des cours pratiqués en Bourse et par conséquent d'une spéculation insolite ou d'une soudaine panique, est loin d'être aussi certaine que celle offerte par de saines opérations commerciales. D'ailleurs ces titres représentent des capitaux engagés à long terme et leur réalisation peut, dans certaines circonstances, devenir aléatoire ; tandis que le réescompte d'un portefeuille d'effets, c'est-à-dire d'effets à court terme peut toujours être envisagé.

Malgré cette infériorité — qu'il faut bien se garder d'exagérer — l'avance-sur-titres est pratiquée par la Banque de France dans des proportions considérables et que nous avons notées au début de cette étude. Elle fait l'objet de toute une réglementation spéciale.

Le décret fondamental du 16 janvier 1808, dans son article 16 les admettait déjà, à condition toutefois qu'elles portent sur des effets publics à échéance déterminée. L'emploi en a été généralisé par la loi du 17 mai 1834 et l'ordonnance du 15 juin de la même année qui régla le mode d'exécution de l'art. 3 de cette loi, permettant l'avance

cement de l'une des trois signatures, de ses propres actions ou de la rente consolidée (déc. 16 janv. 1808), des valeurs comprises au nombre de celles qu'elle admet en garantie d'avances (déc. 13 janv. 1869), enfin des récépissés de marchandises (déc. 26 mars 1848) et des warrants agricoles (loi 30 avril 1906, art. 9) ; cet escompte accompagné de dépôt de titres présente moins de risques que l'avance-sur-titres, puisqu'il subsiste entre les deux sortes d'opérations un écart de garantie d'une signature.

effets publics à échéance non déterminée. Cette ordonnance peut être considérée comme la charte de l'avance-sur-titres en France ; elle lui donne la vie en caractérisant son fonctionnement et en généralise l'emploi. D'autres nombreux décrets sont intervenus par la suite, mais n'ont fait que continuer ce mouvement de généralisation. Le décret du 3 mars 1852 ouvre toute grande la porte à l'expansion en autorisant l'avance constituée sur des actions ou obligations de chemins de fer. Cependant les opérations sont toujours limitées à des valeurs françaises.

Aujourd'hui, la Banque de France consent des avances dont la proportion est de 80 0/0 — la plus haute quotité du prêt, car il ne peut dépasser les $\frac{4}{5}$ de la valeur des titres remis en gage (1) — sur les effets publics français, obligations du Trésor, bons du Trésor ; 75 0/0 sur les actions et obligations des chemins de fer français (2), obligations des villes de France et des départements français, actions et obligations du Crédit foncier de France et de la Société algérienne, les obligations émises par le gouvernement général de l'Indo-Chine, et par celui de l'Algérie, les obligations émises par les Chambres de commerce, les bons de liquidation des canaux (3) ; enfin 60 0/0 sur le montant des actions de jouissance des Compagnies de chemins de fer. Cette liste est limitative. De plus, la Banque

(1) Ord. 15 juin 1834, art. 2.

(2) V. décret 3 mars 1852, art. 4.

(3) V. déc. 28 mars 1852 ; l. 9 juil. 1857 et déc. 20 juil. 1857 ; déc. 13 janv. 1869 ; déc. 28 fév. 1880.

de France n'admet à titre de gage que des titres au porteur ou des titres nominatifs transférés à son nom (1). Ceci n'implique pas d'ailleurs l'obligation pour les parties de transférer à la Banque la propriété des titres. Il s'agit évidemment ici d'un transfert en nantissement ; nous savons que ce mot ne suppose pas nécessairement un transport de propriété. On a cependant soutenu le contraire ; mais ce qui nous paraît démontrer l'erreur de cette opinion, c'est que l'art. 5 de la même ordonnance détermine minutieusement les formalités imposées à la Banque, après l'échéance de l'opération, pour qu'elle puisse obtenir le droit de faire vendre les titres ; ceux-ci ne lui appartiennent donc évidemment pas (2). Enfin les titres doivent en principe être entièrement libérés. Lorsque la Banque de France consent exceptionnellement une avance sur des valeurs non libérées, afin de laisser la marge réglementaire au cas où des versements seraient appelés le montant du prêt est déterminé en tenant compte des versements non effectués.

La Banque de France fait signer à son emprunteur un acte contenant l'indication des conditions auxquelles le contrat est conclu. Cet acte est établi en double exemplaire, car elle considère l'avance-sur-titres comme un engagement synallagmatique. Mais, par une dérogation aux règles du Code civil, autorisée par l'art. 3 de l'Or-

(1) Ord. 15 juin 1834 (art. 2).

(2) En ce sens M. A. Wahl, en note sous Cass. civ., 29 oct. 1894 (S. 96, 1, 193). *Contra*, Lyon-Caen et Renault, *Manuel* (1908), n. 446.

donnance du 15 juin 1834, il n'est ni enregistré, ni signifié à l'établissement débiteur des titres. La seule formalité est celle que nous venons de signaler, un transfert de garantie pour les titres nominatifs. Le gage se constitue donc toujours par une simple tradition des titres à la Banque, quelle que soit la qualité de l'emprunteur, quel que soit aussi le but de son emprunt.

Aucune commission n'est stipulée.

L'avance ne peut être consentie pour une durée de plus de trois mois (1). Si l'emprunteur rembourse par anticipation, l'acte porte que la Banque sera en droit de retenir un minimum d'intérêts de quinze jours à dater de celui de l'engagement. Si, pendant la durée de l'avance une baisse se produit dans le cours des valeurs engagées, l'emprunteur est obligé de couvrir les risques provenant de cette baisse lorsqu'elle atteint 10 0/0 de la valeur des titres antérieurement déterminée (2). Cette couverture, comme nous l'avons déjà indiqué ailleurs, peut consister soit en un remboursement partiel de l'avance, soit en un nantissement supplémentaire dans la proportion nécessaire à former le complément de garantie exigé par les règlements ; si elle n'est pas fournie, la Banque peut faire exécuter les titres à la Bourse trois jours après une simple mise en demeure par acte extra-judiciaire.

A l'échéance la Banque de France est armée, pour

(1) Ord. 15 juin 1834 (art. 3).

(2) *Ibid.* (art. 4).

faire respecter ses droits, de pouvoirs énergiques qui dépassent de beaucoup les faveurs de la loi commerciale. Si l'emprunteur ne rembourse pas, elle est autorisée à faire vendre à la Bourse par ministère d'agent de change, sans mise en demeure ni autre formalité, tout ou partie des titres le lendemain même de l'échéance (1). Elle se rembourse sur le produit net de la vente du montant de ses avances en capital, intérêts et frais. Le surplus, s'il y en a un, est remis à l'emprunteur.

Avances en compte-courant.

A côté des avances-sur-titres ordinaires la Banque de France consent encore depuis 1881 des avances en compte-courant.

Cette opération a pour but de donner satisfaction aux personnes qui désirent se ménager la possibilité d'obtenir à tout moment un crédit immédiat, tout en ne faisant usage de cette faculté qu'en temps opportun et en évitant ainsi dans la plus large mesure possible de laisser improductif le capital nanti.

Ses avantages ont eu vite fait de séduire le public et n'ont pas été de peu d'influence dans le développement général des avances-sur-titres. Cette forme spéciale tend même actuellement d'une façon continue à se substituer, à la Banque de France, à la forme ordinaire.

(1) *Ibid.* (art. 5).

**Avances en compte-courant et avances ordinaires
à la Banque de France (1)**

	Avances en compte-courant	Avances ordinaires
1903	1.912.280.400	89.894.500
1904	1.944.909.500	74.647.800
1905	2 242.871.900	39.712.400
1906	2 608 956 800	48.046.300
1907	2.854.931.900	42.105.400
1908	2.622 105.200	29 413.700
1909	2.930.061.800	47.360.700
1910	3.636 270.400	20 979.900
1911	4 487 384.200	28.596.200

Voici, brièvement énoncées, les règles de la formation et du fonctionnement des avances en compte-courant.

L'emprunteur doit faire une demande au Conseil général qui décide s'il y a lieu ou non d'accorder l'avance.

La garantie est fournie à la Banque en titres compris parmi ceux qu'elle accepte en garantie d'avances ordinaires. Un maximum de 3 millions est fixé au chiffre du crédit à obtenir. De même le solde débiteur du compte ne doit pas dépasser un certain maximum fixé d'après les quotités des prêts que nous venons d'indiquer, et en raison du montant des titres engagés. Ce maximum est déterminé au moment de l'ouverture du compte, mais le titulaire conserve la faculté de demander une augmentation

(1) Bien qu'organisée par le Gouvernement de la Banque en 1881, cette opération n'est mentionnée d'une façon distincte dans les rapports annuels que depuis 1903.

de crédit en raison d'une hausse des valeurs engagées ou d'un nouveau dépôt de titres.

Les avances sont consenties pour un délai assez court. La Banque se réserve le droit de considérer comme échue toute avance en compte-courant, qui n'est pas remboursée dans un délai de dix jours. Elle serait donc en droit, le cas échéant, de mettre, par lettre recommandée, le titulaire du compte en demeure de s'acquitter et elle pourrait faire vendre, en cas d'inexécution, tout ou partie des valeurs déposées. D'autre part, pour le calcul des intérêts à payer à la Banque, les avances en compte-courant sont censées consenties pour un délai minimum de cinq jours, ce minimum d'intérêt s'appliquant à chaque prélèvement.

Le contrat d'avance-sur-titres ordinaire peut, sur la demande de l'emprunteur, être transformé en contrat d'avance en compte-courant.

Au surplus, ce contrat n'est qu'une variété du compte-courant dont les règles principales s'appliquent. En particulier les arrérages et le montant des titres amortis sont portés d'office au crédit du compte, qui est en même temps débité des intérêts calculés sur les sommes prélevées jusqu'au jour de leur remboursement. Tous les comptes-courants d'avance sont réglés en capitaux et intérêts à la fin de chaque semestre. Les intérêts et frais qui ne sont pas réglés dans les dix jours sont ajoutés au solde et capitalisés. Ceci est une dérogation à l'art. 1154, C. civ. et aux règles générales de l'avance-sur-titres ordi-

naire, mais n'est qu'une application à notre opération des principes du compte-courant tels qu'ils sont admis par la jurisprudence (1).

(1) Cass. 16 déc. 1854 (S. 55, 1, 105); 14 nov. 1864 (S. 64, 1, 491); 11 janv. 1887 (D. 88, 1, 382); Pau, 3 mai 1888 (D. 89, 2, 225). En ce sens Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n° 844.

CHAPITRE II

L'AVANCE-SUR-TITRES AU MONT-DE-PIÉTÉ DE PARIS

Il est encore un établissement où l'étude des avances-sur-titres est particulièrement intéressante, tant à cause de leur réglementation légale qu'en raison du but de l'institution elle-même. C'est le Mont-de-piété de Paris.

Originellement, les Monts-de-piété ne pouvaient recevoir que des effets mobiliers en gage des prêts qu'ils consentaient en vertu de leur monopole (1). La loi du 25 juillet 1891 a accompli une heureuse réforme en autorisant le Mont-de-piété de Paris à accepter en nantissement les valeurs mobilières (2).

L'exposé des motifs de cette loi contient le tableau très exact des circonstances économiques qui la justifient. Dans le dernier quart du XIX^e siècle, les titres au porteur ont pris une extension telle qu'ils occupent une place pré-

(1) Accordé par la loi du 16 pluviôse an XII.

(2) Le bénéfice de cette loi peut être étendu à d'autres Monts-de-piété par décrets rendus en forme de règlements d'administration publique. C'est ainsi que les Monts-de-piété de Toulouse et de Lyon ont été autorisés par déc. du 26 fév. et 31 mai 1892.

pondérante non plus seulement dans les grosses fortunes, mais aussi dans le patrimoine des populations laborieuses. Ils sont devenus pour les ouvriers le mode de placement le plus aisé et le plus commodément employé. Fréquence des émissions, prix peu élevé, divisions en quarts ou en dixièmes, facilités et délais accordés pour la libération, primes de remboursement ou lots attachés à certains d'entre eux, attirent les petites économies (1). Or, les modestes possesseurs de ces titres sont plus que tous les autres exposés à de pressants besoins d'argent : le chômage, la maladie, une échéance imprévue les ont à leur merci. Si pour se procurer de l'argent, ils sont obligés de réaliser les titres acquis sou par sou, ils peuvent se trouver obligés de vendre dans un moment où les cours sont dépréciés ; ils ne peuvent en outre fractionner la vente d'un titre, alors même qu'ils n'auraient besoin que d'une somme inférieure à sa valeur totale. Bref, c'est la dispersion du capital amassé péniblement. Au contraire, l'emprunt, laissant au modeste capitaliste l'espoir de rentrer, par le remboursement de l'avance, en possession du titre engagé, l'excite, ce moment de gêne passé, à faire de nouveaux efforts et de nouvelles économies.

Ce n'est pas à dire que les avances-sur-titres ne fussent pratiquées depuis longtemps par de nombreuses

(1) En janvier 1888, au moment d'opérer l'échange des obligations de la Ville de Paris 1871, il a été constaté que sur 152 146 obligataires, 72 340 possédaient d'un à six quarts d'obligations, soit une proportion de 47 1/2 0/0 de très petits porteurs.

banques particulières. Mais leurs conditions étaient trop onéreuses pour cette classe de petits emprunteurs (1). Quant à la Banque de France elle ne faisait pas d'avance inférieure à 500 francs. Il n'y avait donc pour ceux-ci d'autre ressource que de s'adresser à des financiers qui avaient beau jeu d'exploiter leur ignorance.

Au contraire les Monts-de-piété sont tout désignés pour consentir des avances-sur-titres aux petits capitalistes. En raison de leur organisation même, ils peuvent leur prêter à un taux moins élevé que les banques. Ils ont en effet des frais d'administration plus restreints, ils sont dispensés des frais de timbre et d'enregistrement, enfin ils ne versent à leurs bailleurs de fonds qu'un très faible intérêt (2).

Le projet de la loi de 1891 avait proposé de donner une énumération des valeurs à admettre en garantie d'avances. Mais la commission du Sénat l'a supprimée, préférant une certaine latitude d'action. Les termes généraux de l'art. 2 permettent au Mont-de-piété d'admettre tous les titres de

(1) Le Crédit Lyonnais perçoit pour une avance de 90 jours, en comptant les frais de timbre, 5,05 0/0 ; la Société Générale 2,66 0/0 le Crédit Industriel, 2,28 0/0.

(2) Rappelons que les Monts-de-piété n'ont pas de capital propre ; ils se procurent des fonds en émettant des bons à échéance fixe. Il y a d'ailleurs une séparation très nette entre les capitaux alimentant les gages sur objets mobiliers et ceux alimentant les avances-sur-titres. La loi de 1891 a exigé une comptabilité spéciale pour chacun de ces services, afin d'éviter une catastrophe toujours possible, les nantissements sur valeurs mobilières n'étant jamais aussi sûrs que ceux sur les objets mobiliers.

premier ordre, même les valeurs étrangères. En fait, il prête dans les proportions suivantes : 80 0 0 sur les rentes françaises, les bons et obligations du Trésor ; 75 0 0 sur toutes valeurs portant intérêt au moins chaque année et désignées annuellement dans un état soumis par le directeur à l'approbation préfectorale, ce sont des fonds d'Etat, les bons de la caisse du Mont-de-piété, les emprunts des villes de France, les obligations du Crédit foncier, les valeurs de chemins de fer ; 60 0 0 sur les actions de jouissance. Il ne reçoit d'ailleurs que des titres au porteur et entièrement libérés. La loi de 1891 a exclu les valeurs nominatives pour éviter des transferts et des complications incompatibles avec la rapidité nécessaire aux opérations du Mont-de-piété.

Les prêts consentis sont tous limités à un maximum de 500 francs par opération et par emprunteur. Ce chiffre, dans le projet, correspondait au minimum des prêts consentis par la Banque de France. Mais depuis le 28 mars 1890 le conseil de régence de la Banque a abaissé ce minimum à 250 francs ; le chiffre de 500 francs a néanmoins été maintenu. Il existe ainsi une marge entre 250 et 500 francs permettant aux emprunteurs de choisir entre le Mont-de-piété et la Banque de France.

Ils peuvent y avoir intérêt si le taux des avances n'est pas le même dans les deux établissements. Ce fait peut se produire, car c'est le directeur du Mont-de-piété qui fixe lui-même ce taux, après avis du Conseil de surveillance et avec approbation du préfet de la Seine,

sans être obligé de suivre celui en usage à la Banque. C'est ce même arrêté qui fixe la durée de l'avance.

Si, pendant la durée du contrat, les cours des titres engagés subissent une baisse d'au moins 15 0/0, l'emprunteur peut être mis en demeure d'avoir à rapporter une partie de l'avance, fixée de façon à rétablir entre le montant du prêt et la valeur réduite du nantissement la proportion déterminée statutairement. Si, huit jours après simple mise en demeure par lettre recommandée, l'emprunteur n'a pas fait ce rapport, le Mont-de-piété a le droit de faire vendre à la Bourse par ministère d'agent de change tout ou partie des valeurs déposées (1).

Le Mont-de-piété se décharge de toute responsabilité en ce qui concerne la perception des coupons échus, et la surveillance des tirages au sort. L'emprunteur doit donc à l'échéance aller chercher ses coupons, qui lui sont remis sur la présentation du titre d'engagement, et les toucher lui-même. C'est à lui aussi qu'incombe le soin d'encaisser la valeur de ses titres remboursés avec ou sans primes.

A l'échéance convenue, si l'emprunteur ne rembourse pas, le Mont-de-piété peut faire vendre à la Bourse par l'intermédiaire d'un agent de change les valeurs déposées, sans qu'il soit besoin de mise en demeure ni d'aucune formalité (2). C'est la même sévérité de réglementation

(1) Loi 25 juil. 1891 (art. 4).

(2) *Ibid.*, (art. 5).

qu'à la Banque de France. Cependant, tandis que le texte du projet faisait de cette vente une obligation absolument impérative pour le Mont-de-piété, le texte définitif tempère cette rigueur en permettant d'accorder un sursis à l'emprunteur. Le produit net de la vente sert à rembourser l'avance en capital, intérêts et frais. Le déficit, s'il y a lieu, est répété contre l'emprunteur. L'excédent est tenu à sa disposition pendant dix ans à partir de la vente. Ce délai, qui remplace la prescription trentenaire dont seuls les principes permettent l'application dans tout autre cas, est d'ailleurs considéré comme un délai préfix courant même contre les incapables (2).

(1) Cf. explications du rapporteur de la loi, séance du 11 juin 1891 (*J. off.*, 12 juin 1891, *Débats parlem.*, p. 387).

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de nos investigations sur l'Avance-sur-Titres. Surpris et émerveillé par l'importance du rôle économique de ce remarquable organe de crédit mobilier, dont nous découvrons les racines dans notre état de civilisation contemporaine, nous avons voulu chercher s'il avait atteint un état de développement parfaitement adapté à tous nos besoins. Il a fallu nous livrer à une véritable dissection, pour, ayant découvert les fibres constitutives de l'opération, en étudier le fonctionnement. Nous avons abouti ainsi à constater des imperfections imposées, en quelque sorte, par l'adaptation défectueuse d'usages étrangers et antérieurs à sa naissance.

Par contre, n'est-ce pas quand on a appris à connaître tous les défauts des choses ou des institutions qu'on en goûte le mieux tous les avantages ? Ainsi, notre étude nous a fortifié dans l'idée que l'Avance-sur titres était un moyen des plus précieux au service de notre activité

économique. Nous avons pénétré les ressources de cet instrument de crédit, nous en avons éprouvé la force et la souplesse. Simplicité, rapidité de formation, minimum d'entraves apportées à la propriété de l'emprunteur, sécurité du prêteur, réalisation facile et économique, l'avance-sur-titres a en puissance toutes ces qualités. Mais elle les doit plus, avons-nous dû constater, à la contagion de l'activité propre au milieu où elle se développe qu'à la prudente observation de notre législation.

Nous nous garderons bien de proposer une de ces réformes hâtives et sans autorité qu'on est trop habitué à trouver à la dernière page d'un semblable travail, placée là, sans doute, en hommage aux études juridiques ! Qu'on nous permette néanmoins en réunissant les éléments que notre analyse a dissociés et en résumant les résultats de nos recherches d'indiquer les moyens de créer une situation meilleure.

Toutes les imperfections que nous avons relevées proviennent de ce qu'on a trop accoutumé de ne voir dans l'avance-sur-titres qu'un double contrat. A sans cesse appliquer les conséquences de cette idée, on gêne constamment le développement de cette opération. Certes, il est hors de doute que, par un de ses côtés, elle apparaît comme un prêt, et par l'autre comme un gage. Mais elle n'est pas que cela : elle est issue de ces deux contrats, et a ajouté à leurs qualités son originalité propre. Elle développe une action différente, et a besoin de protections spéciales.

C'est cet effet de la fascination exercée par la rencontre de deux contrats et principalement par le gage qui nous a frappé, d'abord que nous commençons notre analyse. Nous avons dit qu'il fallait considérer l'avance-sur-titres comme un contrat unique et synallagmatique. En effet, les parties ont bien entendu faire une opération homogène dans laquelle les obligations de l'une seraient subordonnées à l'accomplissement des obligations de l'autre. Mais nous avons surtout pu juger tout l'inconvénient de ce système trop étroit, quand nous avons tenté de déterminer les formes de ce contrat. Nous avons constaté que l'exigence d'une application très stricte des principes devait aboutir à la prompte décadence de l'avance-sur-titres. Il faut bien reconnaître qu'il est impossible de conserver dans toute leur intégrité les distinctions de nature et de formes du gage que nos Codes ont consacrées. On ne peut obliger un banquier à se livrer à de si subtiles distinctions juridiques, on ne peut surtout forcer l'emprunteur à se soumettre à une réglementation compliquée, lente et coûteuse. Il est donc nécessaire de se rallier à la pratique inventée par les banques et de la seconder pour lui éviter des erreurs nuisibles. Il faut, pour lui donner une base solide édicter, que les règles du Code de commerce en matière de gage seront les seules usitées, quels que soient la qualité de l'emprunteur et le but de l'emprunt. L'abandon de la théorie des actes mixtes et des articles du Code civil en cette matière semblera d'ailleurs moins pénible à la timidité de nos législateurs s'ils veulent bien suivre

l'exemple des pays voisins, dont nous avons eu l'occasion de signaler l'esprit novateur. Il faut que l'emprunteur soit certain d'avoir fait une opération régulière lorsqu'il a remis ses titres au banquier, sans qu'il ait eu à justifier du but de son emprunt, sans qu'on lui ait demandé de remplir d'autres formalités. Il faut que cette tradition lui soit une garantie suffisante d'efficacité, quand même il ne posséderait que des titres nominatifs. Et sur ce point, nous avons vu qu'on pouvait trouver dans l'art. 109 du C. com. lui-même l'autorisation de procéder ainsi.

Par contre, en faisant de la sorte une part si grande à la tradition des titres et à la mise en possession du banquier, dans la formation de l'avance-sur-titres, il est nécessaire de donner à cette mise en possession une ampleur spéciale. Il ne faut pas, en effet, oublier les tiers, qui eux aussi sont préoccupés par la constitution d'une garantie quand ils sont créanciers de celui qui la donne et qui soustrait ainsi une part de son patrimoine à la sûreté de leur propre créance. Il est nécessaire dans ce cas : en premier lieu de sauvegarder les droits de l'emprunteur et de lui conserver intacte la propriété de ses titres et les avantages y afférant ; d'assurer ensuite au banquier la possession du titre à quoi seulement est attachée la certitude pour lui d'être payé à l'échéance ; enfin de prévenir les créanciers de l'emprunteur que leur débiteur a consenti un avantage spécial à un des leurs. Ceci n'est possible qu'en étendant les pouvoirs du banquier pendant la durée de l'avance-sur-titres. Nous y sommes arrivé par

une interprétation de la volonté de l'emprunteur, conforme d'ailleurs aux principes mêmes du gage. L'obligation du créancier gagiste de veiller à la conservation des objets qui lui ont été donnés en garantie, n'est que l'émanation d'un mandat tacite et général compris dans la remise même des choses. Dans le cas d'une avance-sur-titres, ce mandat permettra au banquier de remplacer son débiteur chaque fois que son intervention serait nécessaire à la conservation ou à la défense des droits et des intérêts qu'il a en tant qu'actionnaire. Il percevra les arrérages des actions ; il ira aux assemblées générales ; il les protégera contre les actes des administrateurs de la société, etc...

Enfin, au terme de l'avance-sur-titres, facilitons au banquier le paiement auquel il a droit. Plus d'intervention de justice, plus d'expertise ; que ce soit toujours à la Bourse qu'il réalise son droit puisque c'est sur ce marché seulement que son gage recevra une évaluation exacte. Point n'est d'ailleurs pour cela besoin d'aller aussi loin que la Banque de France et de permettre à tout banquier impayé de vendre les titres le lendemain même de l'échéance. Une telle rigueur, sans danger quand elle est à la portée d'une institution telle que la Banque de France, risquerait trop de devenir l'arme de financiers suspects. Pour la protection des droits de l'emprunteur, conservons la signification et le délai du Code de commerce.

Telle est notre conception de l'avance-sur-titres. La force d'expansion que cette opération tient de son utilité économique la met au-dessus des réformes. Elle s'est

fort bien accommodée jusqu'ici de notre législation, avec l'appui bienveillant, il est vrai, de la jurisprudence. Il faudrait bien peu de chose pour la mettre en harmonie parfaite avec tous les principes de notre droit. Elle arrivera à vaincre les dernières résistances des théoriciens, le jour proche où les valeurs mobilières auront pénétré plus profondément encore dans toutes les classes de la société, et où elle-même aura définitivement détrôné les autres formes de crédit, hypothécaire ou mobilier.

Vu, le Président,
ALBERT WAHL.

Vu, le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.



